

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA “ROMA TRE”

SCUOLA DOTTORALE TULLIO ASCARELLI

SEZIONE DI DOTTORATO IN CONSUMATORI E MERCATO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE AZIENDALI ED ECONOMICO-GIURIDICHE

XXI CICLO

TESI DI DOTTORATO

**“DINIEGO D’IMBARCO, RITARDO E CANCELLAZIONE DEL VOLO: TUTELA DEL
PASSEGGERO”**

RELATORE: CHIAR.MO PROF. ENRICO MINERVINI

DOTTORANDO: CHIARA VADALÀ

I

**PROFILI DEFINITORI ED ECONOMICO-AZIENDALI DELLA FATTISPECIE
DELL'OVERBOOKING.**

1.1. PECULIARITÀ DELLA DOMANDA E DELL'OFFERTA NEL TRASPORTO AEREO - 1.2. LE CLASSI TARIFFARIE DEL VETTORE TRADIZIONALE - 1.3 LA VESTIZIONE DEL VOLO NEL SISTEMA TRADIZIONALE. - 1.4 PRENOTAZIONE DEL VOLO, *NO SHOW* E *GO SHOW*. - 1.5 ALLOCAZIONE DEI POSTI IN UN SISTEMA CONCORRENZIALE TRADIZIONALE - 1.6 IL SISTEMA *LOW COST* - 1.7 *PRICING* E *SEAT ALLOCATION* NEL SISTEMA *LOW COST*. - 1.8 *OVERBOOKING* ED *OVERSELLING*. - 1.9 CANCELLAZIONI DEL VOLO E RITARDI PER MOTIVI COMMERCIALI: *SLOT ALLOCATION* E *SCHEDULING*

Il fenomeno della sovraprenotazione (*overbooking*), ossia l'accettazione di prenotazioni per un dato volo in quantità superiore alle capacità dell'aeromobile medesimo, od ancora, quello dell'*overselling*, ossia della vendita di biglietti in maggior numero rispetto al posto disponibile¹, è stato variamente analizzato, nell'ottica di strumento di ottimizzazione dei profitti – per le aziende aerotrasportuali – e ridimensionamento dei danni da *no show* dei passeggeri, oltre che di contenimento delle tariffe di trasporto – a vantaggio dell'utente che subisce il fenomeno².

La definizione della fattispecie, ed il suo inquadramento funzionale, nelle strategie aziendalistiche, non può prescindere da una analisi delle dinamiche tariffarie adottate dalle compagnie aeree e, innanzitutto, dall'analisi dei due grandi sistemi di trasporto aereo: il tradizionale ed il *low cost*, e dei due grandi gruppi di “utenti dell'area”: i *business* e i *leisure*.

¹ Così BUSTI S., *Contratto di trasporto aereo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU – MESSINEO- MENGONI, Giuffrè, 2001, pag. 483. L'A. rinvia a GUERRIERI, *overbooking, overselling and denial of boarding*, in *Annals of Air and Space Law*, 1989, pag. 191 quale riferimento per la distinzione tra *overbooking* e *overselling*.

² Sul punto, come si vedrà *ultra*, parte della dottrina ha evidenziato l'utilità e la necessità dello strumento della sovraprenotazione (GIRARDI, P., *Riflessi giuridici dell' overbooking nel trasporto aereo di linea*, in *Dir. Trasp.*, n.2/88, pag. 173: “in presenza di simile giurisprudenza sul piano giuridico va comunque auspicata una nuova tendenza a qualificare il fenomeno in esame come prassi necessitata che si impone al fine di conseguire una gestione economica del trasporto pubblico, in termini di reale contenimento delle tariffe, a vantaggio anche dell'utenza”), mentre altra parte, senza negarne l'incisività, ha ipotizzato vie alternative per il contenimento sia del *no show*, sia delle tariffe aeree, attraverso la reintroduzione delle penali per la cancellazione della prenotazione (BUSTI, S., *contratto di trasporto aereo*, cit., pag. 483-484 in nota) e l'uso delle liste d'attesa (DEIANA, M, *Riflessioni sulla sovraprenotazione nel trasporto aereo*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, ISDIT, Cagliari, 2005, pag. 28ss)

1.1 Peculiarità della domanda e dell'offerta nel trasporto aereo.

Nel sistema economico del trasporto colpisce *ictu oculi* la particolarità del servizio offerto: un bene non immagazzinabile e con andamento discontinuo, a seconda del numero di voli e della capienza degli aeromobili prescelti, su ogni singola rotta, al momento in cui viene stabilito il *timetable* di ciascuna compagnia aerea.³

Il vettore aereo deve pertanto gestire strategicamente il rischio commerciale, tenendo presente quella che è “la domanda” – non certa ma solo stimabile – e la sua peculiarità. Difatti, la domanda di trasporto è di tipo derivato, poiché il viaggio è solo il mezzo per il raggiungimento di una serie di altri scopi disparati. Le diversità di scopi finali conducono a determinare sottogruppi di passeggeri, caratterizzati da una differente preferenza ed elasticità dinanzi al prezzo e alle caratteristiche del volo offerto.

A ciascun gruppo corrisponderà un diverso “prezzo di riserva”, inteso come il prezzo massimo che l'acquirente è disposto a pagare per un bene o un servizio.

Sulla base di tale riflessione, si possono individuare due grandi sottogruppi di passeggeri aerei: la clientela *time sensitive* e quella *price sensitive*.

I *time sensitive* (anche detti *business*) sono passeggeri caratterizzati da un preminente interesse per la flessibilità del servizio di trasporto, tenuto presente che il loro scopo finale è di tipo lavorativo – professionale, e che, quindi, deve essere soddisfatto in un preciso momento e luogo, senza possibilità di procrastinamenti.

Codesta clientela, per contro, appare insensibile al fattore prezzo: vuoi perché l'improrogabilità dell'impegno lavorativo e, soprattutto, dei tempi obbligati di esecuzione dell'impegno, lo portano a non poter disporre di una valida alternativa al trasporto aereo, vuoi perché, nella maggior parte dei casi, il fruitore del viaggio non coincide con il soggetto che ne sopporta i costi.

Al contrario, la clientela *time sensitive* (o *leisure*) ha un comportamento opposto e simmetrico a quello dei passeggeri *business*. Essa infatti appare indifferente alla flessibilità dell'offerta e sensibile, invece, al “fattore prezzo”. Il passeggero *leisure* è pertanto disposto ad acquistare un biglietto rigido anche con grande preavviso, se può trarne un adeguato vantaggio in termini di costo del viaggio.

³ la determinazione degli orari dei voli avviene di norma un anno prima della partenza, in occasione delle consultazioni IATA (associazione internazionale dei vettori aerei, avente personalità giuridica con riconoscimento del Parlamento Canadese, e sede a Montreal).

Una tale eterogeneità della domanda comporta, per il vettore aereo, la necessità di organizzare l'offerta in modo complesso, sulla base di un triplice discrimine: innanzitutto predisponendo un numero congruo di diverse rotte offerte agli utenti (cd *network*); poi creando tariffe diverse, sulla medesima rotta, variando gli elementi di sensibilità della clientela (prezzo, flessibilità, ma anche comfort), ossia attuando il cd. *pricing*; quindi, predisponendo una strategia di gestione dei singoli posti disponibili sul singolo aeromobile di quella determinata rotta, in modo da allocare tutti i posti ed allocarli nel modo più redditizio (cd. *seat allocation*).

1.2 Le classi tariffarie del vettore tradizionale

L'articolazione di classi tariffarie è lo strumento con cui il vettore tenta di diversificare l'offerta in modo tale da abbracciare un pubblico di utenti il più possibile vasto, calibrando le tariffe sui vari segmenti di domanda da lui ipotizzati.⁴

Tale strategia viene attuata combinando, in relazione ai diversi prezzi, due elementi: il contenuto del servizio e la modalità di fruizione del servizio.

Per quanto concerne il contenuto, le Compagnie Aeree individuano tre classi di servizio: *first*, *business* e *economy*, che si differenziano per *comfort* a bordo, elementi accessori, facilità di accesso ai servizi aeroportuali, vantaggi legati alla fidelizzazione.⁵

Per quanto attiene, invece, alla modalità di fruizione, il vettore gradua le differenze di condizioni di acquisto, cambiabilità e rimborsabilità del biglietto, partendo dalla tariffa *full* - che non comporta alcuna limitazione, consente l'acquisto del biglietto in ogni momento e la possibilità, entro un anno dall'emissione del titolo di viaggio, di variare

⁴ La dottrina economica individua tre tipi di "discriminazione del prezzo". Il primo tipo, praticamente solo teorico, è quello in cui l'offerente conosce esattamente il prezzo di riserva di ciascun singolo acquirente ed è in grado di applicare a ciascun consumatore lo specifico prezzo, in grado di ottimizzare tutto il surplus. Il più comune è invece quello di terzo tipo, applicabile quando le caratteristiche di determinati segmenti di compratori sono osservabili - ad esempio gli studenti, o i bambini - e, quindi, il venditore può stabilire i prezzi in funzione delle caratteristiche osservate. Infine il secondo tipo, che è quello più frequente nel settore del trasporto aereo, si ha quando il venditore dispone di informazioni sulle preferenze di gruppi di consumatori, ma non sa come questi gruppi siano distribuiti all'interno dell'intera utenza. Pertanto, come vedremo, il venditore predispone un ventaglio di offerte che possono precisare, oltre al prezzo, anche le condizioni di contratto o le modalità di fruizione. Sul punto vedi DUTTA S., BERGEN M., LEVY D. e VENABLE R., *Menu costs, posted prices, and multiproduct retailers*, in *Journal of Money, Credit and Banking*, 1999, vol. 31, n. 4, pag. 683 ss.

⁵ Questa variabile opera solo nelle tratte internazionali. Nei voli nazionali esiste attualmente un'unica classe di servizio (invece delle tre: *first*, *business* ed *economy*) e, quindi, la differenziazione tra classi di prezzo è effettuata unicamente sulla base della flessibilità, o meglio variabilità, concessa al passeggero, delle modalità di fruizione del servizio e dell'acquisto del biglietto. Sul punto AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva sulle dinamiche tariffarie del trasporto aereo di passeggeri*

la prenotazione, senza penalizzazioni, o rinunciare al viaggio, ripetendo l'intero prezzo del biglietto – e irrigidendo progressivamente le possibilità di fruizione.

Si viene così a creare una griglia tariffaria che ha, da un lato, la classe di servizio, dall'altra le modalità di fruizione – durata del biglietto (da un anno a un mese), variabilità della prenotazione, onerosità della variazione etc...- e, associato a questi due parametri, il prezzo del servizio.

Ciascun consumatore viene così spinto ad attuare un'autoselezione, collocandosi nella classe di prenotazione che individua la combinazione prezzo/regole a lui più congeniale.

L'adeguata definizione delle classi di prenotazione porterà ad un equilibrio tra l'entità del ricavo medio per passeggero ed il riempimento dell'aeromobile, minimizzando la possibilità che un utente riesca ad acquistare il servizio desiderato ad un prezzo considerevolmente inferiore al suo prezzo di riserva.

1.3 la vestizione del volo nel sistema tradizionale.

Una volta completato il *pricing*, il vettore aereo dovrà poi fronteggiare il problema della limitata disponibilità di posti su ogni singolo aeromobile e dovrà pertanto tentare di vestire il volo (cd *seat allocation*) assegnando più posti possibile alla clientela più remunerativa, onde ottimizzare i ricavi. Tuttavia, poiché la clientela più remunerativa è quella *time sensitive* che, per definizione, si affaccia all'acquisto soltanto in prossimità della partenza, mentre i segmenti meno remunerativi sono disponibili, proprio per usufruire di tariffe vantaggiose, ad acquistare con largo anticipo, il vettore dovrà gestire il cd *spill rate*.

Per *spill rate* si intende il rischio – in percentuale probabilistica – di non poter accettare tutte le richieste di prenotazione di clientela *business* su uno specifico volo a causa dell'eccessiva assegnazione di posti alla clientela *leisure*.

Per contro, il vettore dovrà gestire l'eventualità che un'erronea valutazione della domanda *business* lo conduca a non riempire l'aeromobile, per aver rifiutato domanda *leisure*, in attesa di un non realizzatosi acquisto da parte della clientela più remunerativa.

Lo strumento utilizzato dal vettore per minimizzare entrambi i rischi su esposti è quello della continua ridefinizione dei posti, all'interno dell'aeromobile, attribuiti alle diverse classi di prenotazione. Il vettore, quindi, non determina una volta per tutte, al

momento dell'immissione nel mercato, il numero di posti, del singolo volo, attribuiti a ciascuna classe di prezzo, ma adatta dinamicamente l'offerta in base all'andamento delle vendite⁶. “Mediante l'attribuzione di un numero di posti per le diverse classi di prenotazione, che può essere modificato dinamicamente, il vettore operativo può aprire o chiudere discrezionalmente determinate classi di prenotazione in considerazione dei propri obiettivi”⁷.

1.4 Prenotazione del volo, no show e go show.

Nell'allocazione, l'operatore (cd *route controller*) dovrà tenere conto anche di altri fattori, che investono maggiormente la clientela *time sensitive*, ovvero sia quello del *no show* e del *go show*.

I due fenomeni si sviluppano in conseguenza della prassi del vettore tradizionale di non emettere immediatamente biglietti di viaggio confermati, ma di effettuare prenotazioni, con un certo grado di variabilità non onerosa, a seconda della classe tariffaria.

Contenuto del contratto di trasporto aereo è non solo il trasferimento - o passaggio - ma anche la fornitura di un posto sul mezzo di trasporto stesso. Tale seconda prestazione viene considerata dalla dottrina in modo diverso, a seconda che sia prestazione essenziale del rapporto, per cui l'indicazione specifica del posto sul quale viaggiare è determinante ai fini della perfezione del contratto⁸, oppure, come nel modello classico, il posto sia ricompreso nel passaggio, facendo parte di esso, dal momento che manca una individuazione, anche generica, dello stesso. “In tale ipotesi la prestazione dello spazio a bordo non solo è assorbita in quella del passaggio, ma rispetto all'attività di trasporto dedotta in contratto si trova in rapporto di integrazione necessaria, poiché il passeggero non può fruire del servizio di trasporto, senza occupare lo spazio assegnatogli dal vettore”⁹.

Tenendo conto della dualità delle prestazioni in capo al vettore aereo all'interno del contratto di trasporto, quindi, si potranno verificare due situazioni. Il passeggero può acquistare il biglietto, confermando pertanto anche il posto (ossia l'orario del volo)

⁶ Per una disamina dei meccanismi di tariffazione in rapporto al *load factor* si veda LEPORELLI C., *Struttura e gestione delle reti di trasporto aereo: strategie di impresa e indicazioni per la politica pubblica*, in *Struttura di mercato e regolamentazione del trasporto aereo*, a cura di PADOA SCHIOPPA KOSTORIS F., Bologna, 1995

⁷ Provv. Autorità Garante Concorrenza e Mercato n. 12185 Alitalia c/ Volare in Bollettino 28/2003.

⁸ In tal caso la dottrina ha ritenuto di tratteggiare un contratto misto di *locatio operis* (il trasporto) e *locatio rei* (il posto). Vedi sul punto VERDE, L., *la prenotazione nel traffico passeggeri marittimo ed aereo*, in *Dir. Trasp.* n.1/91

⁹ VERDE, L., *cit.*, pag. 23

oppure può pagare il prezzo del trasporto, limitandosi a prenotare il posto, con possibilità di variarlo nei tempi stabiliti dalle condizioni generali di contratto.

Nel primo caso, il negozio è perfezionato; nel secondo caso, non essendo convalidata la prenotazione del posto, saremo in presenza di una emissione di titolo di viaggio che ancora non costituisce contratto perfetto, ma pur tuttavia obbliga il vettore a confermare la prenotazione indicata su semplice richiesta del trasportando.

Questa seconda prospettazione descrive un contratto di trasporto a formazione progressiva, in cui la prenotazione si inserisce nel procedimento di conclusione del contratto di trasporto come patto di opzione “ossia come proposta irrevocabile (per un certo tempo) del vettore con facoltà per l'altra parte di aderirvi o meno”¹⁰.

L'irrevocabilità della proposta ha ovviamente un termine, entro il quale il viaggiatore deve effettuare la conferma della prenotazione e, quindi, perfezionare il contratto. Tuttavia, tale limite, nella prassi del settore aeronautico, varia a seconda della classe tariffaria del biglietto e della durata dell'arco temporale tra la prenotazione e la partenza del volo prenotato.

Infatti, per i biglietti di classe tariffaria più elevata, in cui la prenotazione si sia effettuata nei tre giorni precedenti alla partenza, la conferma della prenotazione può essere effettuata praticamente fino al *time limit*¹¹. Inoltre, pur se confermata, la prenotazione del posto potrà essere cambiata – nei limiti del proprio piano tariffario – senza alcun obbligo di preavviso.

L'esistenza di codeste classi tariffarie *full flexible* da origine a due distinti fenomeni sopracitati, che sono alla base delle motivazioni per cui il vettore utilizza la pratica di *overbooking*: ossia il *no show* ed il *go show*.

Infatti, considerato che il passeggero può disattendere anche una prenotazione confermata, e ciò in modo gratuito e senza obbligo di preavviso, e tenuto conto che questo tipo di classe tariffaria si adatta alle esigenze di una clientela *time sensitive*, vi sono probabilità che al momento del *check-in*, una serie di passeggeri – e proprio quelli

¹⁰ BUSTI, S., *Il trattamento del passeggero nelle condizioni generali di contratto*, in *Dir. prat. Av.civ.* n. 1/93, pagg. 41 e ss.. Altra dottrina ha invece ritenuto di qualificare il contratto di trasporto con prenotazione non confermata del posto come un contratto preliminare, con funzione strumentale in ordine alla conclusione del contratto definitivo – sul punto VERDE, L., *cit.*, e SIA, A.M. – ZANELLI, A., *Sul ritardo del passeggero aereo nella presentazione all'accettazione*, in *Dir. Trasp.* 1994, pag. 525

¹¹ Per *time limit* si intende, in questo contesto, il termine di presentazione all'imbarco, spirato il quale viene meno il diritto di essere imbarcato. In proposito SIA, A.M. – ZANELLI, A., *cit.*, pag. 525, ma anche Corte d'Appello di Bari 21.10.88 e il testo della sentenza: Cass. Civ. 9854/92, annotata da Sia e Zanelli, nel citato saggio.

appartenenti alla classe più remunerativa – non si presenti, cagionando il mancato utilizzo di una serie di posti a bordo dell'aeromobile e, quindi, il corrispondente mancato guadagno.

Rischio tanto più alto, dal momento che, statisticamente, su alcune rotte tipicamente frequentate da clienti *time sensitive*, i viaggiatori effettuano una serie di disparate prenotazioni, per giorni ed orari diversi, per posti che non utilizzano effettivamente e senza comunicare alcuna disdetta al vettore.¹²

La pratica del *no show* è ben possibile anche da parte di clienti con piano tariffario basso e, quindi, a bassa o nulla variabilità, o a variabilità onerosa; nel qual caso, la perdita di profitto causata dal *no show* viene in qualche modo temperata dal trattenimento del prezzo del biglietto o, quanto meno, di una sua buona parte.

Al contrario, il fenomeno del *go show* è caratteristico delle classi tariffarie *full flexible*, in cui il viaggiatore, godendo della possibilità di prenotare un volo fino a poco prima della partenza, scelga di passare da un aeromobile all'altro – solitamente anticipando la partenza – e unendo così ad una cancellazione di prenotazione anche la richiesta di accesso ad un volo differente. Ciò significa che nei voli in cui esistono classi tariffarie flessibili sarà necessario non solo calcolare i costi del *no show*, ma anche prevedere, nella gestione delle vendite, la possibilità che vi siano richieste di accesso a quel volo, da parte di passeggeri prenotati sugli altri voli (e tanto più sono flessibili, quanto più sarà necessario effettuare codesta previsione).

Un primo strumento di contenimento della pratica del *no show* è l'introduzione di un *Ticketing Time Limit* diverso da e precedente il *time limit* di imbarco.

Tale pratica è effettivamente in uso su quasi tutti i piani tariffari, con esclusione dei più remunerativi.

Altra prassi, poco utilizzata però dalle Compagnie Aeree europee del sistema tradizionale, fu quella di introdurre una onerosità nella flessibilità di fruizione dei biglietti, attraverso il pagamento di penali per il mancato imbarco e il cambiamento del volo.¹³

Lo strumento indubbiamente più usato dalle compagnie aeree, per arginare le conseguenze economiche negative del *no show* e ottimizzare le possibilità del *go show* è tuttavia, senza dubbio, l'*overbooking*, come si vedrà *ultra*.

¹² GIRARDI, P., *Riflessi giuridici dell' overbooking nel trasporto aereo di linea*, in *Dir. Trasp.*, 2/98, pag.173

¹³ SINGH, *International air charter transportation in Australia, part III*, in *Air Law*, 1981, pag. 202 ss. citato in BUSTI S, *il contratto di trasporto aereo, cit.*, pag, 483

1.5 Allocazione dei posti in un sistema concorrenziale tradizionale

A quanto fin qui esposto è necessario aggiungere che il vettore tradizionale opera, ormai, in un ambito di libera concorrenza¹⁴, non solo con gli altri vettori tradizionali, ma anche con i vettori *low cost* (di cui al prossimo paragrafo).

Ciò non può che rendere maggiormente incerta la predeterminazione del numero di passeggeri *business* e, d'altro canto, non può che spingere il vettore a voler soddisfare il più possibile tutta la clientela *time sensitive* che si accosta all'acquisto.¹⁵

Clientela che ha, come preminente interesse, quello della flessibilità e che, quindi, è suscettibile di provocare fenomeni di *no e go show*.

Per favorire ed incoraggiare l'acquisizione della suddetta clientela, pertanto, l'operatore arriverà verosimilmente ad accettare un alto rischio di *overbooking*.

1.6 Il sistema low cost

Nel 1971 la Società Southwest introdusse per prima, negli U.S.A., il modello *low cost*, un sistema di organizzazione dell'industria del trasporto aereo basato sul contenimento dei costi e sul massimo sfruttamento dei velivoli.

Il sistema, per le caratteristiche che di seguito si andranno ad elencare, si presenta come orientato verso una clientela *price sensitive*, e non in grado di soddisfare i passeggeri *business*.¹⁶

Innanzitutto, il sistema rinuncia alla tradizionale organizzazione *hub & spoke*¹⁷ in favore di una rete *point to point*, focalizzata su poche specifiche rotte, effettuate tra aeroporti minori, spesso periferici, sicuramente meno congestionati.

Le rotte servite, peraltro, sono di breve e media percorrenza, non superando, usualmente, le tremila miglia – pari a circa tre ore di navigazione.

¹⁴ Per una disamina della *deregulation* e dei suoi effetti economici, in specie rispetto all'ingresso nel mercato dei voli *low cost* si veda CARLUCCI F., *Trasporto aereo, regolamentazione e concorrenza*, Cedam, 2003

¹⁵ CARLSSON F., *Price and departures in European domestic aviation market*, in *Review of industrial organization*, 24, 2004 citato in AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva sulle dinamiche tariffarie del trasporto aereo di passeggeri*, IC24

¹⁶ Il modello *low cost*, difatti, non tenta in alcun modo di "accaparrarsi" la clientela dei "posti nobili", non prevedendo il *pricing* basato su servizio e modalità fruizione – come nel sistema tradizionale – e neppure prevedendo alcun tipo di fidelizzazione ed incentivazione (*memberships* o *fidelity cards*...etc).

¹⁷ La rete *hub & spoke* prevede l'individuazione di uno od alcuni grandi aeroporti di riferimento, in cui la compagnia fa confluire tutti i propri voli, quanto meno come punto di scalo. La struttura della rete è quindi a raggiera, avendo come centro queste località, che fungono da perno della rete di trasporto. Al contrario, la rete *point to point* si fonda sulla selezione di alcune rotte, e lo sfruttamento intenso delle stesse, senza scali e senza l'individuazione di punti nevralgici.

La scelta di aeroporti minori, e la brevità delle tratte, permettono uno sfruttamento intensivo degli aeromobili, stante la facilità di atterrare e decollare in aeroporti decongestionati, che non richiedono lunghe attese in pista; tuttavia, comportano un allontanamento della clientela *business*, che spesso non è disposta ad affrontare il disagio di doversi recare in un aeroporto periferico, con dispendio maggiore di tempo. Fulcro del sistema è il risparmio sui costi, attuato attraverso: la standardizzazione dei voli, effettuati tutti con il medesimo modello di aeromobile, l'eliminazione di intermediari nella gestione del rapporto con il cliente – finanche a livello di vendita, attuata in via telefonica o, più sovente, con l'ausilio di internet – e l'applicazione della filosofia *no frills*.

Il *no frills* elimina alla radice qualsiasi genere di differenziazione dei posti aerei basata sul comfort: non c'è *catering* a bordo, non c'è a disposizione *lounge*, non esistono programmi *frequent flyer*.¹⁸

1.7 Pricing e seat allocation nel sistema low cost.

Contrariamente a quanto descritto in merito al sistema tradizionale, il sistema *low cost* non prevede alcuna classe di prenotazione e nessuna griglia di tariffe.

Esiste un unico tipo di servizio, solitamente non flessibile - o, in alcuni casi, con un minimo di variabilità a titolo oneroso - il cui prezzo viene discriminato in base al momento dell'acquisto.

In primo luogo, non esiste prenotazione, aperta o con TTL di conferma, ma solamente acquisto immediato e definitivo – fatta salva la possibilità di cambiare volo, previo pagamento sia di una penale, sia della differenza tra il prezzo versato e il prezzo del nuovo volo prescelto¹⁹.

Al biglietto, al momento dell'immissione nel mercato (cd *first ticket date*), viene attribuito un prezzo, suscettibile di aumentare in modo inversamente proporzionale al diminuire della distanza temporale con il giorno della partenza.

¹⁸ la struttura *low cost* tende a comunicare che ogni riduzione di comfort è monetizzata a vantaggio del consumatore. Nel 2002 la Ryan Air ha lanciato uno spot con il *claim*: “su Alitalia il caffè più costoso d'Italia”, accompagnato dall'immagine di una tazzina con il cartellino del prezzo del biglietto aereo e, a seguire, una tabella comparativa delle tariffe delle due Compagnie. Una scelta comunicativa, questa, che ha trasformato una debolezza in un punto di forza, riscontrando apprezzamento nella maggior parte dei consumatori. Cfr AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva sulle dinamiche tariffarie del trasporto aereo di passeggeri*, IC 24, pag. 46

¹⁹ Queste le modalità di variabilità sia di Ryan Air sia di Volare Web, come espresso in AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva sulle dinamiche tariffarie del trasporto aereo di passeggeri*, IC 24, pag. 46

La tariffa iniziale è tale da richiamare anche i passeggeri usualmente esclusi dall'acquisto presso vettori tradizionali, dal momento che il loro prezzo di riserva è troppo basso rispetto agli obiettivi di redditività di un vettore tradizionale. Via via il prezzo crescerà in maniera graduale per un certo periodo, e si innalzerà in modo piuttosto repentino in prossimità della partenza.

Qualora le vendite si rivelassero superiori a quelle attese, l'operatore potrebbe anticipare codesto processo di incremento tariffario; viceversa, se il vettore si avvedesse di aver anticipato eccessivamente gli aumenti di tariffa, lasciando insoddisfatta parte della domanda e non ottimizzando così il *load factor*, potrebbe abbassare nuovamente la tariffa proposta e iniziare un nuovo ciclo di incrementi, partendo da un livello inferiore.²⁰

1.8 overbooking ed overselling.

Così descritto il sistema dell'allocazione dei posti su un aeromobile, è possibile analizzare e distinguere le due fattispecie, *overbooking* e *overselling*, alla luce della loro strumentalità economico-aziendale.

Sulla base dei calcoli statistici, effettuati alla stregua dei dati storici relativi all'utenza, ciascuna Compagnia aerea tratteggia le percentuali di *no show* e *go show* atteso su ciascun volo.

Al momento dell'immissione sul mercato di un determinato volo, quindi, il vettore ha una previsione sul numero di passeggeri che, dopo aver prenotato od acquistato il biglietto, non si presenteranno all'imbarco.

Un tale dato impone, al vettore tradizionale, un'insieme di complesse valutazioni, atteso che egli ha come scopo principale non solo quello di riempire l'aeromobile, ma anche di ottenere il maggior ricavo possibile da ogni passeggero, cercando di allocare quanto più possibile i posti tra la clientela *time sensitive*. Ciò tanto più in un regime di concorrenza in cui la clientela *price sensitive* è fortemente erosa dalle compagnie *low cost* e quella più remunerativa è più difficilmente fidelizzabile, attesa la varietà dell'offerta disponibile.

Considerando poi che le prenotazioni effettuate presso un vettore tradizionale sono usualmente tutte modificabili a titolo gratuito, seppur ciascuna con un livello di rigidità

²⁰ PIGA C., POLO M., *Il giro del mondo in 80 euro. Liberalizzazioni e compagnie aeree a basso costo*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n.2/03, pag. 281 ss.

e restrizione, il vettore affronta totalmente il rischio economico di una mancata presentazione all'imbarco.

Rischio che tenta di restringere aumentando la distanza temporale tra *ticketing time limit* e *time limit* d'imbarco, in modo tale da poter riprogrammare l'allocazione del posto non confermato dal passeggero.

Tuttavia, tale strumento non toglie il danno provocato dall'incertezza, fino a pochi giorni dalla partenza, riguardo all'effettivo *load factor*, e non incide sulla fascia più remunerativa della classe di prenotazione, quella *full*, priva di qualsivoglia restrizione, in cui il TTL coincide con l'orario limite di imbarco.²¹

Il vettore tradizionale, allora, per far fronte al rischio economico, affronta quello di risultare inadempiente, sovraprenotando il volo fino alla concorrenza della percentuale probabilistica di *no show* stimato.

In tal modo, evita di far ricadere i costi del suddetto rischio sull'utente, come potrebbe se vincolasse qualsiasi variazione del titolo di viaggio al pagamento di una penale. Possibilità, questa, valutata e sperimentata in passato, ma ormai da anni non percorsa, probabilmente per valutazioni economiche indotte dagli effetti di un sistema concorrenziale che tende a portare sempre più verso il basso le tariffe, soprattutto quelle meno di minor flessibilità alla fruizione²².

Al contrario, il vettore *low cost*, seppur esposto a rischi di *no show*, dovrebbe essere interessato al fenomeno in modo minore, attesa la rigidità del titolo di viaggio e la fruizione, in via prevalente, da parte di una clientela *leisure*, poco incline al *no show*.

Inoltre, nel sistema *low cost*, non si effettuano prenotazioni da confermare, ma solo acquisti immediatamente perfezionati e non modificabili, o variabili solo a titolo oneroso.

Il rischio di un *no show*, pertanto, appare non solo marginale, ma anche già ammortizzato dalla ritenzione del prezzo del biglietto o dal pagamento della penale

²¹ Cfr BUSTI S., *il contratto di trasporto aereo*, cit.

²² Sul punto DEIANA M., *Riflessioni sulla prenotazione nel trasporto aereo*, cit., pag. 29: “queste disposizioni (la sanzione per la mancata presentazione all'imbarco, pari fino al 100% del prezzo del biglietto, previste dagli artt. 400 e 401 c.nav.) sono pacificamente ritenute applicabili anche al trasporto aereo di persone, ma i vettori aerei vi hanno ampiamente derogato a favore del passeggero. Sul perché di tale rinuncia ad utilizzare uno strumento lecito – forse eccessivamente severo – ma di sicura efficacia, si possono proporre diverse spiegazioni, riconducibili a valutazioni squisitamente economiche, commerciali o psicologiche e pertanto collocate su un piano metagiuridico. Un tentativo ricostruttivo plausibile potrebbe rinvenire nell'essenza stessa del trasporto aereo la difficoltà di accettare pratiche sanzionatorie così severe; il trasporto aereo è caratterizzato infatti da una celerità ed una immediatezza che mal sopporta l'imposizione di una pianificazione anticipata e rigidamente cristallizzata dei propri spostamenti.”

(pur non volendo omettere l'indubbio danno all'immagine, che il vettore patirebbe nell'atterrare e decollare con un aeromobile non completo di passeggeri).²³

Tuttavia, anche il vettore *low cost* tende a ricercare l'ottimizzazione dei ricavi, emettendo biglietti in misura superiore ai posti disponibili, fino alla concorrenza con il rischio percentuale di *no show*.

In questo caso, però, parlare di *overbooking* appare improprio, in quanto non si versa in una condizione di sovrapprenotazione, ma di vera e propria "sopravendita", ossia *overselling*.

Analogamente, non si potrà parlare di *overbooking*, ma di *overselling* nel momento in cui il vettore tradizionale, scaduto il TTL ed ottenuta la conferma della prenotazione da parte di tutti i viaggiatori, continui a consentire prenotazioni, per coprire il probabile residuo *no show*. Infatti, anche in questo caso, pur se il vettore non vende ma prenota titoli di viaggio, tuttavia risultano *overselled* i biglietti già confermati. Ugualmente versiamo in una ipotesi di *overselling* se il vettore accetta la conferma di tutte le prenotazioni effettuate, ben sapendo che le stesse sono già in misura superiore ai posti disponibili, per aver praticato *overbooking* al momento dell'immissione del servizio sul mercato.

Nel distinguere le due fattispecie, non può comunque non osservarsi come l'*overselling* effettuato dal vettore tradizionale preveda, sovente, la possibilità di *no show* non oneroso, pur se limitato da restrizioni contrattuali, in capo ai passeggeri con prenotazione confermata; al contrario, nel sistema *low cost*, il *no show* rimane comunque oneroso, essendo perlomeno sanzionato con una penale, se non con il trattenimento dell'intero prezzo del biglietto.

Assimilabile a questa situazione è quella del vettore tradizionale che applica una sanzione al *no show*, e, comunque, pratica l'*overbooking-overselling*²⁴.

La pratica dell'*overbooking-overselling* è considerata, da parte della dottrina, un valido strumento di ottimizzazione dei ricavi aziendali, che volge anche a favore degli utenti, sia sotto il profilo del contenimento delle tariffe, sia sotto il profilo della fruizione di una disponibilità di posti che non sarebbe garantita se il vettore si attenesse

²³ Cfr PELLICELLI A.C., *Le compagnie aeree: economia di gestione del trasporto aereo*, Milano, 1996

²⁴ Cfr BUSTI S., *il contratto di trasporto aereo*, cit., pag. 483 sub nota 187: "In ogni caso il comportamento del vettore aereo è tanto meno giustificabile qualora si pensi che lo stesso, nelle proprie condizioni generali di trasporto, talvolta accolla al cliente, che non disdica la prenotazione né si presenti in tempo debito all'imbarco, delle penali rapportate ad una quota della tariffa. Così ad esempio prevede l'art. 6 Condizioni Generali di Trasporto dell'Alitalia servizi internazionali e nazionali (...)"

rigorosamente al numero di prenotazioni ricevute e non considerasse la portata del fenomeno del *no show* dei passeggeri²⁵.

Altra dottrina, pur non negando l'esistenza di codesti profili positivi per il consumatore, ritiene tuttavia che, contrariamente alla semplice sovrapprenotazione, l'*overselling* non appaia giustificabile, nella misura in cui l'utente dell'aria già sopporti – con penali, o con la perdita dell'intero prezzo del biglietto - il costo economico del rischio del proprio *no show*.²⁶

Inoltre, vi è chi ritiene che la pratica stessa dell' *overbooking*, oltre che quella dell'*overselling*, sia comunque solo una e non l'unica – né la migliore – soluzione al problema della mancata presentazione all'imbarco.²⁷ Strumento alternativo è stato indicato nell'uso della lista d'attesa, in cui il prezzo del biglietto è ridotto in considerazione del rischio di non poter effettuare il viaggio, e in cui l'acquirente è consapevole del detto rischio²⁸.

Tale strumento, tuttavia, comporterebbe un prezzo di vendita del biglietto – qualora le previsioni di *no show* fossero confermate dai fatti, ed il soggetto in lista d'attesa venisse imbarcato - ad un prezzo inferiore rispetto al prezzo di riserva del passeggero per il servizio in se e per sé, con una mancata ottimizzazione dei ricavi, da parte del vettore, e con conseguente, possibile, aumento dei livelli tariffari attualmente applicati.

Una tale riflessione involge un ragionamento di tipo economico e commerciale, più che giuridico, circa l'opportunità o meno di valutare in modo difforme l' *overbooking* rispetto all'*overselling*, sia sotto il profilo della tollerabilità, quale pratica commerciale, sia sotto il profilo della sua utilità, nella contemperazione degli interessi di impresa e consumatori.

1.9 – Cancellazioni del volo e ritardi per motivi commerciali

Così come la comprensione del fenomeno dell' *overbooking* passa attraverso l'analisi dei meccanismi di *seat allocation* e di ottimizzazione del *load factor*, allo stesso modo è essenziale, per comprendere la genesi di ritardi e cancellazioni del volo, contestualizzarli nel meccanismo del *time scheduling* e nelle problematiche della *slot*

²⁵ GIRADI P., *cit.*

²⁶ Cfr nota 21

²⁷ Cfr DEIANA M., *cit.*, pag. 30

²⁸ Sul punto il più volte citato BUSTI S., *Il contratto di trasporto aereo*, e VERDE, L., *La prenotazione nel traffico passeggeri marittimo ed aereo*, *cit.* e TURCO BULGHERINI, *La prenotazione dei servizi di trasporto, turistici ed alberghieri*, in *Studi in memoria di M.L. Corbino*, Milano, 1999, pag 857ss.

allocation, alla luce, quindi, della necessità, per il vettore, di ottimizzare lo sfruttamento degli *slots* disponibili, anche in relazione ai costi legati alle tariffe aeroportuali di imbarco e sbarco.

In primo luogo è necessario osservare che gli utenti degli aeroporti sono tenuti al pagamento di una serie di “diritti”, ossia tasse aeroportuali da versare al gestore della struttura a terra.²⁹

Tali somme variano a seconda degli orari – subendo una maggiorazione notturna – e sono dovute per l’imbarco, il decollo, per la sosta ed il ricovero dell’aeromobile, per l’approdo e per lo sbarco di merci e passeggeri.³⁰ Accanto a codeste spese, il vettore aereo deve contemplare quelle per la partecipazione all’assegnazione delle bande orarie – i cd. *slot* -. E difatti, il sempre maggiore congestionamento sia delle rotte sia degli aeroporti ha ben presto reso necessario il ricorso a sistemi di assegnazione, sia delle rotte aeree³¹ verso uno Stato, o con scalo in esso, od anche con semplice sorvolo dello stesso, sia degli spazi orari di atterraggio e decollo nel singolo aeroporto³².

Per quanto concerne l’assegnazione delle rotte, la realtà è stata profondamente innovata a livello comunitario, con l’adozione del Terzo Pacchetto, che importa la libertà, per i vettori comunitari muniti di licenza, di svolgere discrezionalmente i traffici commerciali sulle rotte intracomunitarie. Codesti vettori, quindi, godono di una potenziale assoluta libertà nella definizione del loro *time scheduling*, che incontra, quale unico limite, l’effettiva disponibilità di *slot* nel determinato aeroporto e la loro assegnazione, in base ai principi del Reg. 95/1993/CEE.³³

Il tema è di non poco momento per il vettore operante su una data rotta, atteso che è proprio attraverso un’attenta programmazione dei voli che il singolo operatore gestisce

²⁹ Per una disamina del sistema di gestione aeroportuale e dei relativi costi si veda: COMENALE PINTO M.M. – MORANDI F. – MASALA L. (a cura di), *Le gestioni aeroportuali. Privatizzazioni del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, Milano, 2005, ed in particolare ivi: RIGUZZI M., *Le gestioni aeroportuali: il quadro dei principi giuridici*, pag. 27 ss e MOSCATO S., *Le concessioni ad aedificandum nel demanio aeronautico e la antura giuridica delle costruzioni realizzate*, pag. 171 ss. Per un’analisi dell’attività economica degli aeroporti e della differenza di servizi tra *primary*, *secondary* e *regional hub* si veda CANALI C. – PUGLISI M.A., *Impresa aeroportuale ed indirizzi di marketing*, in *Trasporti: diritto politica economia*, n.101/07, pagg. 61-81.

³⁰ PIAZZA S – BORILE R. – FETTARAPPA R., *Diritto della navigazione aerea*, Bologna, 2000, pag. 403

³¹ GRIGOLI M., *Profili normativi della navigazione aerea*, Bari, 2008, pag. 246 ss.

³² MASUTTI A., *Il diritto aeronautico. Lezioni, casi e materiali*, Torino, 2004, pag. 427-447; SILINGARDI G.-MAFFEIO D., *Gli slot. Il caso Italia fra esperienza statunitense e comunitaria*, Torino, 1997

³³ Per una disamina del Regolamento si veda GIRARDI P. – COLETTA, *Sviluppi dell’applicazione del regolamento CEE n.95/93 del Consiglio del 18.01.93 relativo a norme comuni per l’assegnazione di bande orarie negli aeroporti comunitari*, in *Trasporti*, n.64/94, pag. 106 nonché DE STEFANI G., *Diritto aereo*, Istituto Poligrafico e zecca di Stato, 1996, pag. 169-175

il rapporto domanda-offerta ed aumenta le sue prospettive di massimo riempimento dell'aeromobile.³⁴

Difatti, la predisposizione del *time table* è fase essenziale della politiche di gestione dell'offerta, e muove i suoi passi da una rigorosa analisi e previsione della domanda e da una integrazione con le altre politiche dell'offerta, prima tra tutte la flessibilità operativa.

Pertanto, un vettore si troverà a scegliere il proprio orario su una determinata rotta in base al particolare tipo di viaggiatori per quella specifica destinazione, alle esigenze della maggioranza, all'esistenza di particolari date e ricorrenze in cui la rotta diviene più appetibile, all'eventuale stagionalità della destinazione. Ciò fatto, dovrà poi prevedere il tipo di affluenza su ciascun orario, per decidere quale aeromobile, con quale capienza, destinare a ciascun volo.

Un eventuale errore in questa fase di valutazione comporterà l'effettuazione di voli scarsamente redditizi, oppure spingerà il vettore a ricorrere ad un correttivo immediato: la cancellazione del volo improduttivo e lo spostamento "coattivo" dei passeggeri su altro orario.

In un sistema privo di vincoli esterni nell'organizzazione della gestione operativa, il vettore dovrebbe interfacciare le proprie scelte unicamente con le indicazioni della domanda e, quindi, la cancellazione di un volo – o il suo volontario ritardo – costituirebbero una mera politica di implementazione del *load factor*.

Al contrario, la definizione dello *scheduling* è condizionata da una serie di fattori tecnici interni e, soprattutto, esterni.

Tra gli interni, senza dubbio i due fattori principali sono: la gestione del personale – e quindi l'organizzazione di turni di lavoro che collimino il più possibile con le esigenze di orario della compagnia aerea – e i tempi di manutenzione tecnica, che condizionano la disponibilità effettiva dei veivoli sulla pista.³⁵

Tra i fattori esterni, accanto al dato tecnico delle condizioni climatiche – in grado di cagionare, sovente, impossibilità di partenza per motivi di sicurezza ed incolumità dei

³⁴ PELLICELLI A.C., *cit.*, pag. 389 ss.: "Lo *scheduling* è la funzione principale di una compagnia aerea. E' la sintesi delle strategie di gestione. E' la fase finale in cui hanno verifica le scelte riguardanti la composizione della flotta, il marketing, le rotte."

³⁵ PELLICELLI A.C., *cit.*, pag. 400-403. Per il vettore sarebbe ottimale annullare gli *stop over* a scopo di manutenzione. Tuttavia una carente manutenzione potrebbe poi portare a più gravi conseguenze, non solo in tema di sicurezza del volo, ma anche in termini di ritardi e cancellazione del volo per avaria, laddove il veicolo manifesti poi, d'improvviso, problemi tecnici di difficile soluzione.

passaggeri – sicuramente svolgono un ruolo essenziale il controllo nazionale del traffico aereo e la gestione degli aeroporti.

Quanto al controllo sul traffico aereo, tale problema non riguarda i vettori comunitari su rotte intracomunitarie (come detto pocanzi), che devono fronteggiare unicamente la questione dell'assegnazione degli *slot* di decollo e di atterraggio corrispondenti a quei voli e a quei tempi di percorrenza del proprio programma.

Per i vettori extra-comunitari, invece, si pone anche il problema di acquisire le rotte, sulla base di accordi bilaterali tra i singoli Stati.³⁶

L'assegnazione degli *slots* dipende innanzitutto dal tipo di aeroporto in cui si richiede lo spazio: in base al Reg. 95/93/CEE³⁷, oggi novellato dal Reg. 793/04/CE, infatti, possono esservi aeroporti coordinati, in cui i vettori operano liberamente, con l'ausilio di un coordinatore, nei casi di sovrapposizione delle richieste di spazio sulle singole piste, ed aeroporti pienamente coordinati³⁸, in cui un vettore aereo, per atterrare o decollare, deve aver ottenuto la specifica assegnazione di banda oraria dal coordinatore di aeroporto.

Inoltre, nell'aeroporto pienamente coordinato lo Stato può riservare determinate bande orarie a voli di linea nazionali, da assegnare con bando pubblico europeo, per l'esercizio di un servizio pubblico di continuità territoriale.³⁹ Stabilite tali premesse, il

³⁶ Gli accordi bilaterali ebbero regolazione nei protocolli di Chicago. Tra alcuni paesi europei e gli Stati Uniti, poi, si siglarono degli accordi *open sky*, che sono però stati oggetto di censura da parte della Comunità Europea. Da ultimo, la sentenza della Corte di Giustizia CE del 24.04.07 che dichiara l'illegittimità degli accordi bilaterali *open sky* tra singoli stati membri e USA. Per una disamina sul punto MASUTTI A., *cit.*, ma anche GRIGOLI S., *cit.* Si deve inoltre segnalare sul punto che in data 25-30/04/07 è stato stipulato l'Accordo di Bruxelles-Washington, avente ad oggetto un accordo *open sky* tra CE e USA. Il testo dell'Accordo è reperibile in Dir. Trasp. 2008.

³⁷ Sul sistema di allocazione del regolamento 95 del 93 si veda PANDOLFELLI M., *Per una valutazione della politica comunitaria del trasporto aereo*, in *Struttura di mercato e regolamentazione del trasporto aereo*, a cura di PADOA SCHIOPPA KOSTORIS F., Bologna, 1995.

³⁸ In base allo studio operato da Coopers & Lybrand nell'ottobre 1995 per conto della Comunità Europea, in Italia tutti gli aeroporti erano già pienamente coordinati.

³⁹ In Italia ciò avviene per il collegamento tra il continente e le isole di Sicilia e Sardegna, nonché per il collegamento tra Sicilia e Pantelleria. Sul punto GRIGOLI S., *cit.*, pag. 247. Sul punto SILINGARDI G.-MAFFEO D., *cit.*, pag. 27 ss.: "sono sottratti alla disponibilità del Coordinatore gli *slot* che uno Stato membro abbia riservato, conformemente alle previsioni dell'art.9, ai servizi aerei regionali. Trattasi di due diverse situazioni: 1) rotte verso un aeroporto che serve una regione periferica o in via di sviluppo del suo territorio qualora le stesse possano essere considerate di vitale importanza per lo sviluppo economico della regione in cui si trova l'aeroporto. Sono poi previste talune condizioni, elencate alla lett.a): sulla rotta deve operare un solo vettore aereo; nessun altro mezzo di trasporto è in grado di offrire un servizio in sostituzione di un adeguato servizio; la riserva verrà a cessare qualora un secondo vettore aereo abbia istituito un servizio nazionale di linea sulla stessa rotta, con la stessa frequenza del primo e l'abbia operato per almeno una stagione. Di particolare rilievo fra queste condizioni è il fatto che la banda oraria fosse già utilizzata sulla rotta in questione al momento dell'entrata in vigore del Regolamento. 2) rotte per le quali siano imposti oneri di servizio pubblico ai sensi dell'art. 4 Reg.

Reg. comunitario si limita ad indicare una serie di criteri, che dovranno essere applicati dal coordinatore⁴⁰ d'aeroporto nell'assegnazione delle bande orarie.

Primo dei principi di assegnazione è la *grandfather's rule*,⁴¹ ovvero il diritto di ciascun vettore a mantenere le bande orarie già in suo uso. Viene poi stabilito un diritto di precedenza per i voli commerciali⁴², rispetto a qualunque altro genere di volo, e, infine, il regolamento richiama i criteri dello IATA *scheduling*.⁴³

Regola essenziale, prevista poi dal Reg., è quella del “*use – it- or- lose- it*”, in base alla quale il vettore assegnatario di banda oraria che non la utilizzi almeno al 80% perde il diritto di riassegnazione per l'anno successivo. La banda viene quindi immessa in un *pool* di *slots* da riassegnare, e ridistribuita in base alle altre regole di assegnazione, ad opera del coordinatore di aeroporto.

Oltre al *pool*, poi, le bande possono circolare, attraverso la cessione da un vettore all'altro, secondo il dettame dell'art. 8 §4 del Reg. 95/93/CEE, che dispone: “le bande orarie possono essere liberamente scambiate tra i vettori o trasferite da uno stesso vettore aereo, da una determinata rotta ad un'altra o da un determinato servizio ad un altro, in base ad un reciproco accordo o in seguito ad una acquisizione totale o parziale

2408/90: cioè una tipologia di servizi aerei, il cui forte coinvolgimento in esigenze di diffusa socialità presenta spiccati elementi di affinità con l'altra fattispecie dianzi presa in considerazione”

⁴⁰ In Italia, il compito di coordinatore fu dato dapprima alla Alitalia. L'evidente conflitto di interessi, per anni lamentato dalle altre compagnie aeree, ha poi condotto alla creazione di Assoclearance, un comitato costituito dai principali vettori. Per una disamina sul ruolo del coordinatore e sulla sua storia in Italia, si veda MASUTTI A., *cit.*, pag.440 e ss. nonché SILINGARDI G.- MAFFEO D., *cit.*

⁴¹ SILINGARDI G.- MAFFEO D., *cit.*, pag. 27: “la cd. *grandfather's rule*, cioè la norma (art.8 lett.a)) secondo la quale il vettore aereo che abbia operato una banda con l'autorizzazione del Coordinatore, conserva il diritto di chiedere la stessa banda nel successive period di validità degli orari corrispondenti. Viene così soddisfatta l'esigenza di consentire al vettore quella conservazione della banda oraria da una stagione a l'altra, che costituisce uno strumento essenziale di pianificazione degli investimenti in relazione ad un'obiettivo situazione di continuità d'esercizio.”

Dottrina economica ha mosso e muove delle critiche a codesto criterio di riparto e distribuzione delle bande orarie. Sul punto PADOA SCHIOPPA KOSTORIS F., *Regolamentazione e deregulation del mercato del trasporto aereo*, in *Struttura di mercato e regolamentazione del trasporto aereo*, a cura di PADOA SCHIOPPA KOSTORIS F., Bologna, 1995: “Inoltre, la contendibilità crescerebbe se l'assegnazione degli *slots* aeroportuali fosse realizzata con criteri diversi dall'attuale, chiamato *grandfather's rule*: esso di fatto privilegia lo *status quo ante*, creando una barriera all'entrata, perché consente alle compagnie già dotate di uno *slot* in un aeroporto di continuare ad utilizzarlo secondo il principio del “chi primo arriva primo alloggia”; pertanto il diritto di allocazione basato sull'eredità lasciata dal nonno dovrebbe essere cambiato in favore di altri principi basati su meccanismi di asta o di prezzo” (sul punto MC GOWAN F. – SEABRIGHT P., *Deregulating European Airlines*, in *Economincs Policy*, n. 9/89 pagg. 284-344)

⁴² Art. 8 lett.b) Reg.95/93/CEE

⁴³ Prima del reg. 95/93/CEE la *slot al location* veniva effettuata dai vettori medesimi, secondo regole comportamenti emanate dalla IATA e denominate *Scheduling Procedures Guide*. La prima edizione della *guide* fu nel 1976. Prima ancora, la IATA, sin dal 1947 organizzava le cd. *Scheduling Coordination Conferences* “all'interno delle quali le stesse compagnie realizzavano, attraverso accordi spontanei, il coordinamento degli orari per la soluzione di questioni tecniche legate al trasporto e si ripartivano, quindi, anche gli *slot*” (MASUTTI A., *cit.*, pag.427)

oppure unilateralmente. Tali scambi o trasferimenti debbono essere trasparenti e devono essere soggetti alla conferma di fattibilità da parte del coordinatore”⁴⁴

Alla luce di codeste osservazioni, ben si può comprendere come, alla base della decisione di cancellare o ritardare un volo vi possono essere una serie di valutazioni in ordine al migliore sfruttamento dello *slot*, da coordinare sia con i costi aeroportuali, sia con la necessità di utilizzare comunque una banda, per non perderla.

Vi può pertanto essere un ritardo o una cancellazione del volo motivata dal mancato riempimento del veivolo, ma anche dalla necessità di variare lo *scheduling*, perché rivelatosi non ottimale. Inoltre, ritardi prolungati possono essere cagionati da un piccolo imprevisto, che ha però causato lo slittamento di un decollo, al punto da sforare in una banda non disponibile, e che costringe il vettore ad attendere il proprio successivo *slot* per quella specifica rotta.⁴⁵

Questo complesso meccanismo di gestione del marketing e di gestione operativa dei voli è quindi alla base della scelta di determinate pratiche commerciali, o del loro forzoso utilizzo, all’interno di un sistema economico estremamente flessibile e dinamico, in cui il vettore deve essere continuamente in grado di ristrutturare la propria organizzazione in base alle sopraggiunte esigenze, legate sia ai fattori interni sia a quelli esterni.

⁴⁴ “Tuttavia il regolamento non chiarisce esplicitamente le modalità di cessione degli slot, né la natura giuridica di tale rapporto. Di conseguenza, in ambito comunitario l’ammissibilità di contratti di compravendita di *slot* è stata oggetto di acceso dibattito. Molte sono state infatti le incertezze in ordine alla natura giuridica della situazione soggettiva inerente lo *slot*. In particolare, nel nostro ordinamento giuridico, gli interpreti non hanno ritenuto ammissibile il contratto di compravendita di *slot*, in considerazione del fatto che l’assegnazione degli *slot* avviene tramite un provvedimento amministrativo, che fa nascere in capo ai vettori un interesse legittimo e non un diritto di proprietà, diritto che deve necessariamente sussistere affinché si possa integrare la fattispecie del contratto di compravendita” (MASUTTI A., *cit.*, pag.433). La questione è stata affrontata nella novella, attuata con il Reg. 793/04/CE, in cui si prospetta l’inquadramento dell’assegnazione di banda come un diritto d’uso. Se parte della dottrina ritiene che la nuova formulazione chiarisca il titolo non oneroso della cessione degli *slot*, sul punto restano, secondo altri interpreti, ancora molti dubbi, tanto che altra dottrina è invece orientata per l’ammissibilità dei trasferimenti onerosi delle bande orarie tra vettori. Sul punto si veda PURELLI S., *La riforma del Reg. 95/1993/CE per l’assegnazione delle bande orarie della Comunità Europea*, in *Dir. Tur.* N.04/05, pag. 379 ss.

⁴⁵ In proposito, per contenere questa problematica, le compagnie hanno sviluppato accordi di *code share*, in modo da poter utilizzare più bande e più aeromobili.

II

Le fonti del contratto di trasporto aereo e la disciplina normativa del negato imbarco, del ritardo e della cancellazione del volo.

2.1 LE FONTI: LE FONTI COMUNITARIE; LE CONVENZIONI INTERNAZIONALI; IL CODICE DELLA NAVIGAZIONE; GLI USI E LA NORMATIVA TECNICA. L'ANALOGIA - 2.2. LA DISCIPLINA NORMATIVA DEL NEGATO IMBARCO, DEL RITARDO E DELLA CANCELLAZIONE DEL VOLO - 2.2.1 LA CONVENZIONE DI MONTREAL: A. IL RITARDO: ESTENSIONE TEMPORALE DELL'APPLICABILITÀ DELL'ART. 19 DELLA CONVENZIONE.; B. *OVERBOOKING* E SUA QUALIFICAZIONE COME RITARDO, AI SENSI DELL'ART. 19 CONV. MONTREAL 99; C) LA CANCELLAZIONE DEL VOLO – 2.2.2 IL REGOLAMENTO 261/CE/2004: A. LE INNOVAZIONI INTRODOTTE DAL REGOLAMENTO 261/CE/2004, RISPETTO AL PRECEDENTE REGOLAMENTO SULL'*OVERBOOKING* 295/CE/1991; B. LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DEL 10.01.06 A CONFERMA DELLA LEGITTIMITÀ DEL REGOLAMENTO; C. LA REVISIONE EX ART. 17; D. L'ORGANISMO RESPONSABILE DELL'APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO EX ART. 16 –L'ENAC E LE PROCEDURE SANZIONATORIE – 2.2.3 LA CARTA DEI DIRITTI DEL PASSEGGERO.

L'*acquis* normativo del contratto di trasporto aereo è costituito prevalentemente da norme speciali di matrice internazionalistica, con uno spazio residuo per quelle generali del diritto nazionale della navigazione e del diritto civile.

Nel quadro delle fonti normative, il principio dominante è quello di specialità, cui il diritto della navigazione è informato, giusta il disposto sia dell'art. 1 del Codice della Navigazione, sia dell'art. 1680 del Codice Civile.⁴⁶

Il contratto di trasporto aereo, quindi, trae la propria regolamentazione in primo luogo dalle fonti internazionali e comunitarie speciali, quindi dal codice della navigazione e dal diritto speciale interno e, infine, dalle disposizioni del codice civile.⁴⁷

⁴⁶ Secondo il Codice Civile, infatti, le norme relative al contratto di trasporto in generale possono essere derogate solo dalle norme contenute nel Codice della Navigazione ed in leggi speciali; secondo il citato art. 1 del Codice della Navigazione, il diritto civile può essere applicato ad una fattispecie navigazionistica solo in mancanza di regolamentazione in tutto il complesso di norme del diritto della navigazione, includendo non solo il Codice, ma anche i Regolamenti, gli usi e la loro applicazione analogica. Vedi sul punto GAETA, *Le fonti del diritto della navigazione*, Milano, 1965 Viene incluso nell'ambito della normativa speciale anche la norma di diritto civile che venga espressamente richiamata da una disposizione di legge speciale. Sul punto cfr ROSSI – MARTORANO, *Istituzioni di diritto della navigazione*, Torino, 2002

2.1 Le fonti comunitarie.

In rapporto gerarchico di primazia sulle fonti ordinarie, la disciplina comunitaria in materia è contenuta in una serie di regolamenti⁴⁸ tesi a disciplinare molteplici aspetti del trasporto aereo: non solo la responsabilità del vettore, ma anche la sicurezza del viaggio aereo e l'autorizzazione all'esercizio dell'attività di vettore, nonché le modalità operative del trasporto aereo e la gestione/attenzione a particolari categorie di passeggeri⁴⁹.

Tali provvedimenti comunitari, intensificatisi nel corso degli anni '90, hanno dettato la normativa nel settore dell'accesso dei vettori e degli operatori di *handling* sulle rotte e gli aeroporti comunitari (rispettivamente Reg. 2408/CE/1992 e Direttiva 67/CE/1996).

⁴⁷ BUSTI, S., *Contratto di trasporto aereo, cit.*, pag. 15. Sul punto l'A. osserva che parte della dottrina ha interpretato la previsione dell'art. 1680 cc non come un riconoscimento della prevalenza della fonte normativa speciale, ma come un rinvio estensivo dell'applicazione delle norme del diritto civile, seppur in via sussidiaria, nell'ambito del trasporto aereo e marittimo. "Si sostiene altresì che le disposizioni di cui all'art. 1678 ss. c.c. non riguarderebbero affatto il trasporto in generale, ma soltanto quello, sia pur non nominato, terrestre, divenendo così necessaria la norma di cui all'art. 1680 c.c. per l'applicazione in via diretta di tali regole agli altri tipi di trasporto, questi ultimi sì nominativamente indicati nei trasporti ferroviari o postali, per via d'acqua o aerea. La norma dell'art. 1680 c.c. non potrebbe, allora, avere quel contenuto soltanto autolimitativo che la sua rubrica farebbe pensare, servendo invece, positivamente, ad estendere l'applicazione diretta delle disposizioni degli artt. 1678 ss. c.c. ai predetti trasporti, ai quali altrimenti (si dovrebbe concludere) le stesse sarebbero applicabili, al più, per analogia, ovvero, trattandosi di traffici marittimi ed aerei, ancora in via diretta ma assolutamente sussidiaria, ex art. 1 cpv c.nav.. Di più, poiché le predette disposizioni disciplinerebbero, peculiarmente, quello terrestre e non il trasporto in generale, non vi sarebbe un tipo di contratto di trasporto, di cui le varie modalità sarebbero dei sottotipi, ma alle stesse corrisponderebbero tipi contrattuali a se stanti (così GAETA, *Le fonti del diritto della navigazione, cit.*, ma anche COTTINO, *Il trasporto e la spedizione, in Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, diretto da GALGANO, XVI, Padova, 1991, pag. 725 ss.)". La problematica nasce dalla discordanza, in dottrina, circa l'unitarietà del contratto di trasporto – distinguibile poi in sottotipi, tutti però con i caratteri del *genus* –, come sostenuto dall'A., oppure l'inclusione del contratto aereo (e marittimo) nell'ambito di un altro tipo di contratto: quello di "utilizzazione del mezzo nautico", così come rubricato nel Codice della Navigazione che, sotto codesto titolo, riunisce tutte le fattispecie di utilizzazione del mezzo di trasporto, dalla locazione, all'esercizio della nave e, anche, al trasporto (in tal senso CORBINO M.L., *I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, Padova, 1978 e QUERCI, *Diritto della navigazione*, Padova, 1989). Una tale ricostruzione della fattispecie, renderebbe davvero estensivo e non restrittivo il dettato dell'art. 1680 c.c.. Contro una tale interpretazione, altra dottrina – tra cui il citato Busti (ma anche SPASIANO, *Contratto di noleggio*, Milano, 1986 e ZUNARELLI, *Contratti atipici, impresa di navigazione e contratti di trasporto, in Dir. Trasp.*, 1995) – osserva la vaghezza del collegamento tra le *species* del *genus* "contratto di utilizzazione del mezzo nautico", tale da renderlo inadeguato a costituire un "tipo", ma solo idoneo ad un intento meramente definitorio e non sostanziale, ma anche l'impossibilità ed inopportunità di moltiplicare i tipi contrattuali in relazione ad obbligazioni di identico contenuto, anche alla luce della conseguente impossibilità di inquadrare il cd. contratto di trasporto modale, forma ormai sempre più diffusa nella pratica.

⁴⁸ il regolamento è fonte *self executing*, la cui applicazione è immediata sia in senso verticale (nel rapporto pubblicistico tra Stato nazionale e cittadino) sia in senso orizzontale (nel rapporto privatistico tra le parti contrattuali, in questo caso tra passeggero e vettore aereo)Norme di questo tipo sono definite dalla dottrina comunitaristica "diritto privato della Comunità Europea". Vedi sul punto BALLARINO T., *Lineamenti di diritto comunitario e dell'Unione Europea*", Padova, 1997.

⁴⁹ Di recente è intervenuto il Regolamento CE 1107/2006 sul trasporto dei passeggeri diversamente abili.

Hanno inoltre provveduto ad una disciplina uniforme in tema di sicurezza dell'aria, con una serie di interventi, tra cui: Reg. 2320/CE/2002 sulla sicurezza dell'aviazione civile; Reg. 622/CE/2003 per l'applicazione delle norme comuni di sicurezza; Reg. 1486/CE/2003 sulle procedure di ispezione da parte della Commissione Europea nel settore della sicurezza aerea; Reg. 785/CE/2004 sui requisiti assicurativi per i vettori aerei; Reg. 2111/CE/2005 per l'istituzione di un elenco comunitario di vettori aerei soggetti a un divieto operativo all'interno della Comunità e alle informazioni da fornire ai passeggeri sull'identità dell'effettivo vettore aereo.

Hanno infine disciplinato il cd. "cielo unico europeo", con il regolamento quadro 549/CE/2004 e i successivi interventi in ordine all'organizzazione e all'interoperabilità (Reg. 550-551-552/CE/2004).

Un tale incisivo intervento non può che accrescere quella matrice di internazionalità che caratterizza le fonti del diritto della navigazione – ed in particolare del trasporto aereo – recepita nella recente novella al libro II del Codice della Navigazione, dedicato alla navigazione aerea, ed in cui sovente si utilizza lo strumento del rinvio espresso alle fonti comunitarie (ad es. artt. 941 e 947 cod. nav.); tale intervento si inserisce nel solco del progetto di uniformazione del diritto del trasporto aereo, come tessuto nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio COM/2000/0365.

Per quanto concerne il trasporto aereo di persone e, nello specifico, la responsabilità da trasporto, gli interventi normativi comunitari sono stati i Regolamenti del Consiglio 295/CE/1991, oggi sostituito dal Reg. 261/CE/2004, entrato in vigore in 17/02/05 e il Reg. 2027/CE/1997, oggi sostituito dal Reg. 889/CE/2002.

Il primo provvedimento riguarda il diniego di imbarco, la cancellazione del volo ed il ritardo alla partenza, e sarà oggetto di approfondimento nel proseguo della trattazione.

Il secondo provvedimento riguarda la responsabilità del vettore aereo in caso di lesioni alla persona o morte, nell'ambito della fruizione, da parte della persona – passeggero, del servizio di trasporto aereo. Da notare che detto regolamento, nella sua novella del 2002, all'allegato⁵⁰, accoglie, nell'elenco dei danni alla persona, il ritardo nel trasporto del passeggero, inteso come ritardo all'arrivo. La norma è meramente riproduttiva

⁵⁰ Sul progetto di riforma del Reg. 2027/97, con l'inserimento del danno da ritardo tra i danni alla persona, si veda GIACOBBE S., nota a sentenza Giudice di Pace di Venezia 08.06.2000, in *Dir. Trasp.*, 2001, pag. 833

dell'art. 19 della Convenzione di Montreal, atteso che, il legislatore comunitario definisce l'allegato in questione come “avvertenza che riassume le norme applicate ai vettori aerei della Comunità in conformità del diritto comunitario e della Convenzione di Montreal”.

Questo riferimento al ritardo all'arrivo, con espresso rinvio alla normativa internazionale uniforme, completa la disciplina comunitaria del ritardo, che nel Reg. 261/04/CE è previsto solo come ritardo alla partenza, e conferma la natura del danno da ritardo quale danno alla persona, anche senza necessità di lesione psico-fisica, ma nel suo concretizzare un'offesa ai diritti personali di autodeterminazione e libera circolazione.⁵¹

Le Convenzioni internazionali

Il trasporto aereo, stante la sua natura, si presta ad essere oggetto di normazione internazionale. Essa, come già esposto, ha un ruolo preminente tra le fonti di riferimento. Trattato principale è la Convenzione di Varsavia del 1929, cui hanno fatto seguito i protocolli modificativi: Protocollo dell'Aja 1955, Protocollo di Guatemala del 1971, i 4 Protocolli di Montreal del 1975. Il sistema del diritto internazionale del trasporto aereo è poi completato dalla Convenzione di Guadalajara del 1961, che introduce la responsabilità del vettore di fatto.

L'intero sistema è stato adeguato, rimodernato e compattato in unico testo: la recente Convenzione di Montreal del 1999 - entrata in vigore in Europa, per i quindici stati appartenenti alla UE all'epoca della firma del trattato⁵², avvenuta il 28 giugno 2004 - che non ha però abrogato le precedenti versioni della Convenzione di Varsavia, vigenti per gli stati membri che non hanno ratificato quest'ultima fase.

Il complesso sistema di Varsavia - Montreal ha in sé sia norme materiali che norme formali⁵³, e pertanto è stato necessario non solo operare l'adeguamento del diritto

⁵¹ Sul ritardo come danno alla persona si veda BUSTI S., *La responsabilità del vettore aereo per i danni da ritardo*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento alla Convenzione di Montreal del 28.05.99*, Napoli, 2006

⁵² Come ha osservato GIACOBBE S., *La responsabilità del vettore aereo per ritardo*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, ISDIT, Cagliari, 2005, pag. 87 nota 2: “Non è chiaro, invece, se la ratifica da parte della Comunità Europea estenda i suoi effetti nei confronti di quegli Stati - molti dei quali peraltro avevano provveduto a ratificare la Convenzione - entrati a far parte della Comunità recentemente in virtù del Trattato di Nizza, ma che non erano parte della CE all'atto della firma dell'Accordo.”

⁵³ CONFORTI, B., *Diritto internazionale*, Napoli, 1997, pag. 63

sostanziale interno⁵⁴, ma anche affrontare i conflitti con le fonti generali internazional-privatistiche⁵⁵, in ordine a legge applicabile e foro competente, risolti sulla base di un “titolo di applicabilità esclusiva”⁵⁶, riconosciuto al sistema di Varsavia – Montreal, che ne riafferma l’operatività prioritaria rispetto alle altre fonti.

Peculiarità del sistema normativo in esame è la sua frammentarietà, essendo costituito da successivi Protocolli modificativi, di cui l’ultimo entrato in vigore nel 2004, e non prevedendo una clausola *si omnes*⁵⁷ di tal che l’adesione ad un certo strumento modificativo del trattato non comporta l’accettazione anche delle sue precedenti versioni.

Da ciò consegue un evidente problema di definizione dell’ambito di applicazione del sistema.

Ed invero, la Convenzione di Montreal 99 (così come quella di Varsavia del 29) discrimina l’applicabilità della normativa ad un dato contratto di trasporto sulla base dell’“internazionalità” di un determinato volo.

⁵⁴ Le Convenzioni internazionali vengono recepite da ogni singolo Stato, con gli strumenti previsti da ciascun ordinamento, e riveste, per il diritto di ciascuno stato, il valore gerarchico dello strumento di ricezione.

In Italia, poiché la legge di esecuzione dei trattati internazionali è legge ordinaria, i trattati sono fonti di primo grado, pertanto pari al Codice della Navigazione o alle altre leggi speciali relative al settore aereo. Con la firma e la ratifica del trattato, quindi, l’Italia si impegna a recepire la norma internazionale, e ad adattare la propria normativa pre-esistente a quella convenzionale. Sul punto BUSTI, S., *Il contratto di trasporto aereo, cit.*, pag. 25: “col deposito di tali strumenti lo Stato assume, nei confronti degli altri paesi contraenti, l’obbligo di adeguare il proprio ordinamento alla regolamentazione internazionale patrizia e di garantirne così l’applicazione”. La dottrina, però, solleva il problema in ordine all’emanazione di una successiva normativa interna, incompatibile con il trattato precedentemente recepito, atteso che le due fonti sono di pari grado. Considerando, però, che l’adesione ad un trattato importa l’obbligo di adeguare ad esso la propria normativa interna, l’interpretazione più idonea, in un caso di conflitto, appare quella di fare salva la lettera del trattato, a meno che non vi sia una esplicita diversa volontà legislativa. Una tale interpretazione appare avallata dalla lettera della Relazione al Codice della Navigazione, in cui si afferma che i principi e le norme internazionali debbono essere trasfuse nel codice interno, in quanto non possono che essere considerate come la migliore disciplina per la specifica fattispecie, anche nel caso concreto in cui abbia carattere esclusivamente nazionale.

⁵⁵ Altra problematica è invece quella dell’ambito di applicazione della disciplina del sistema di Varsavia e di un condizionamento, in tal senso, da parte delle norme di diritto internazionale formale e, nella specie, da parte della Convenzione di Roma del 1980, cui l’Italia e tutti i paesi comunitari aderiscono. Infatti, la Convenzione di Roma, temporalmente successiva a quella di Varsavia, detta disciplina in ordine alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, permettendo, peraltro, che i contraenti individuino la legge applicabile in via convenzionale. Una tale previsione permetterebbe alle parti – *rectius* al contraente forte – di derogare di fatto alla disciplina interna, così come modellata dal sistema di Varsavia. Tuttavia, la medesima Convenzione di Roma, all’art. 7.2, stabilisce che le regole uniformi di conflitto cedono dinanzi alle norme del foro che disciplinano imperativamente il caso concreto, indipendentemente dalla legge che regola il contratto.

⁵⁶ IVALDI, *Diritto uniforme dei trasporti e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milano, 1955, pag. 57, citato in BUSTI, S., *cit.*, pag. 34.

⁵⁷ CONFORTI, B., *cit.*, pag. 65

Difatti, campo di applicazione della Convenzione è, ai sensi dell'art. 1, il trasporto internazionale di persone, bagagli o merci, effettuato con aeromobile a titolo oneroso, od anche a titolo gratuito, se ad opera di un'impresa di trasporto aereo, ove per trasporto internazionale si intende un volo che abbia il punto di partenza e quello di arrivo collocati in un diverso stato, che sia firmatario della Convenzione o, qualora partenza ed arrivo siano localizzati in un unico Stato firmatario, che preveda uno scalo concordato sul territorio di un altro Paese aderente alla Convenzione.

Occorre chiarire che, ai fini dell'applicazione della normativa uniforme, non rilevano gli scali d'emergenza, non previsti originariamente nel piano di volo, ma motivati da avaria o altre situazioni impreviste⁵⁸, atteso che la norma esplicitamente parla di "scalo concordato", con ciò indicando unicamente il tragitto contenuto nel contratto di trasporto originario⁵⁹

Per quanto concerne poi il volo di andata e ritorno, lo stesso viene usualmente considerato come un unico volo, con uno scalo concordato, essendo indifferente la durata dello scalo medesimo, poiché quel che rileva è l'unicità del contesto contrattuale⁶⁰. Tale dato, essendo ancorato ad un elemento privatistico – l'esistenza di un contratto di trasporto – non viene intaccato dall'eventuale previsione, negli Accordi Bilaterali per lo scambio della libertà d'aria, di un tempo limite perché la sosta intermedia non spezzi l'unità del viaggio di andata e ritorno, trasformandolo in due distinti voli.⁶¹

L'unicità del contratto di trasporto conduce a ritenere come "unico trasporto" anche il volo frammentato in più tappe, anche se una di codeste tappe sia prettamente interna, rilevando, in tal senso, la volontà delle parti di concepire il trasporto così strutturato come un'unica operazione.⁶²

Rientra ancora nell'ambito di applicazione della normativa uniforme il trasporto effettuato dal vettore di fatto. Sul punto, la Convenzione ingloba la previsione del

⁵⁸ MANKIEWICZ, *The liability regime of the international air carrier*, Deventer, 1981 osserva che neppure un cambiamento di percorso di volo concordato, durante il volo medesimo, con il passeggero può far cambiare al volo il carattere di internazionale o interno.

⁵⁹ Poiché si parla di trasporto, e non di volo puro e semplice, non è la rotta a definire la natura del traffico aereo – internazionale o interno – ma è il contratto di trasporto, in cui tale percorso è concordato. Cfr BUSTI S., *ul.cit.*, pag. 405: "La Convenzione ha preferito fondarsi su elementi obiettivi, connessi con il contenuto economico del rapporto e soprattutto facilmente documentabili"

⁶⁰ cfr London Court of Appeal 13.07.1936, *Grein vs. Imperial Airways*, in *U.S. Aviation Reports*, 1936.

⁶¹ LASSANDRO, *Lo stop-over nel trasporto aereo internazionale*, in *Trasporti*, 18/1979.

⁶² Così prevede il comma 3 dell'art. 1 Convenzione Montreal 1999, recependo normativamente quello che la dottrina chiama "traffico feeder". Cfr GRIGOLI S., *L'esercizio dell'aeromobile*, Milano, 1988, pag. 672

Protocollo di Guadalajara, parificando il vettore di fatto a quello contrattuale e prevedendo una solidarietà passiva in caso di responsabilità.

Per quanto concerne, poi, il trasporto multimodale, l'art. 38 della Convenzione prevede che la stessa si applichi solo al tratto aereo, con esclusione delle tratte coperte con altri mezzi, e sempreché esso rientri nella previsione di cui all'art. 1 citato.

Restano esclusi, invece, dall'ambito applicativo, i trasporti effettuati da uno Stato, per scopi non commerciali, connessi allo svolgimento delle funzioni e degli obblighi di Stato sovrano; nonché i trasporti effettuati dallo Stato, con aeromobili propri o noleggiati all'uopo, per il trasferimento riservato ed esclusivo di autorità militari.

Sfuggono, infine, alle disposizioni della Convenzione di Montreal, i trasporti di effetti postali, fatta salva la responsabilità nei confronti dell'amministrazione postale competente.⁶³

Alla luce di quanto sin qui esposto, appare evidente che l'applicabilità o meno della Convenzione di Montreal o di uno degli strumenti del sistema Varsavia - Montreal, deve essere valutata alla luce della partecipazione degli Stati toccati dal volo medesimo, non al sistema di Varsavia - Montreal, ma allo stesso singolo trattato del sistema.

Pertanto, se un paese è firmatario della sola Convenzione di Montreal del 1999 ed un altro lo è solo della Convenzione di Varsavia del 1929, il servizio di trasporto aereo tra codesti due Stati non è internazionale, ai fini dell'applicazione della normativa uniforme, sia nell'una che nell'altra versione, non sussistendo adesione comune dei suddetti stati ad alcuna di esse.⁶⁴

Allo stesso modo, un trasporto aereo tra due Stati entrambi firmatari del solo testo originario della Convenzione di Varsavia 1929, sarà internazionale ai fini dell'applicazione della normativa uniforme, e sarà regolato sulla base dell'unico testo normativo uniforme cui entrambi hanno aderito, atteso che le modifiche intercorse negli anni e, infine, il nuovo testo sistematico di Montreal 1999, non escludono la vigenza di tutti gli strumenti anteriori.

Pertanto, il singolo contratto di trasporto aereo, pur se effettuato tra due stati esteri, entrambi firmatari di uno dei protocolli su descritti, potrà risultare escluso dall'ambito applicativo della Convenzione. In tal caso sarà necessario fare riferimento alla Convenzione di Roma 1980 per l'individuazione delle norme di collegamento e,

⁶³ art. 2 commi 2 e 3 della citata Convenzione di Montreal.

⁶⁴ BUSTI, S, *cit.*, pag. 36

quindi, per la determinazione della legge applicabile e del foro competente al caso di specie.

Il contenuto della Convenzione di Montreal del 1999

Il capo II della Convenzione è dedicato alla descrizione della documentazione e degli obblighi delle parti in materia di trasporto di passeggeri, bagagli e merci.

Vengono definite in questa sezione il titolo di trasporto, lo scontrino del bagaglio, e la lettera di trasporto aereo per le merci. Sia il titolo sia la lettera devono obbligatoriamente contenere l'indicazione dei punti di partenza, arrivo e scalo: unico modo per verificare se il trasporto rientra o meno nell'ambito applicativo della Convenzione. Applicabilità di cui al passeggero deve essere data obbligatoriamente informazione scritta. Per quanto concerne la merce, è fatto obbligo di indicarne il peso, nella lettera di trasporto. Nella fase di consegna della merce o dei bagagli, inoltre, il mittente deve specificare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 22 della Convenzione, se ha un interesse speciale nella consegna a destinazione del bagaglio o del merce, con conseguente pagamento di un'eventuale tassa supplementare.

Il mittente è responsabile della veridicità delle dichiarazioni contenute nella lettera di trasporto e di qualsiasi danno derivi dall'inesattezza o irregolarità delle stesse, atteso che il contenuto della lettera di trasporto, così come del titolo di viaggio e dello scontrino bagagli, fa fede fino a prova contraria.

Codeste dichiarazioni assumono particolare rilevanza alla luce delle fattispecie di responsabilità del vettore per inesatto o mancante adempimento.

Difatti, il vettore risponde sia per i danni alle persone del passeggero – morte o lesione – sia per i danni al suo bagaglio o alla merce inviata – distruzione, perdita o deterioramento. Inoltre, il vettore è responsabile per il danno da ritardo nel trasporto e di persone e di cose.⁶⁵

Per quanto concerne il danno da morte o lesione, il vettore aereo è responsabile per il fatto stesso che l'evento di danno si sia prodotto a bordo dell'aeromobile o in qualsiasi operazione di imbarco e di sbarco. Codesta responsabilità non richiede alcuna valutazione dell'elemento soggettivo, ma viene oggettivizzata, purchè il corrispondente risarcimento sia entro i centomila diritti speciali di prelievo.

Entro tale limite, il vettore non può né escludere né limitare la propria responsabilità.

⁶⁵ Capo III della Convenzione.

Quando invece il risarcimento richiesto sia in misura superiore, l'operatore non risponde dei danni, se – con onere della prova a suo carico – può dimostrare che non c'è stata colpa⁶⁶ propria o dei propri dipendenti. Ottiene l'esonero da ogni responsabilità, inoltre, se riesce a dimostrare – con onere della prova a suo carico – che il danno è dovuto esclusivamente a colpa di un soggetto terzo.

I limiti del risarcimento da responsabilità “oggettivizzata” sono aumentabili convenzionalmente o, addirittura, escludibili, ai sensi dell'art. 25; è invece nulla qualsiasi pattuizione⁶⁷ che fissi limiti inferiori o tenda ad escludere la responsabilità del vettore (art. 26).

Tale principio si applica a qualsiasi limitazione monetaria di responsabilità, anche quelle relative a bagaglio, merce e ritardo.

Per quanto concerne, invece, la distruzione, perdita o deterioramento del bagaglio consegnato o della merce, il vettore è ritenuto responsabile non solo nell'arco temporale del volo, ma per tutto il periodo in cui bagagli o merce sono stati affidati alla sua custodia. Anche in questo caso, non rileva l'elemento soggettivo del debitore della prestazione di trasporto; tuttavia, egli può esonerarsi in tutto o in parte dalla propria responsabilità se riesce a provare che il danno è stato provocato, in tutto o in parte, o aggravato dal comportamento negligente, omissivo o illecito di colui che chiede il risarcimento o dal suo avente causa.

Quando invece il deterioramento, perdita o distruzione ha coinvolto un bagaglio non consegnato, la responsabilità del vettore è sempre, prognosticamente, soggetta ad un giudizio in ordine alla sussistenza della colpa – il cui onere della prova graverà sul danneggiato.

Infine, autonoma voce di responsabilità è costituita dal ritardo, disciplinato dall'art. 19 della Convenzione, che stabilisce: “Il vettore è responsabile del danno derivante da ritardo nel trasporto aereo di passeggeri, bagagli o merci. Tuttavia il vettore non è responsabile per i danni da ritardo se dimostri che egli stesso e i propri dipendenti e incaricati hanno adottato tutte le misure necessarie e possibili, secondo la normale diligenza, per evitare il danno oppure che era loro impossibile adottarle”. Inoltre, anche in questo caso opera il principio di cui all'art. 20, per cui il vettore è esonerato,

⁶⁶ L'art. 21 comma 2 parla di “negligenza, atto illecito o omissione propria o dei propri dipendenti”

⁶⁷ La nullità della clausola di esonero di responsabilità non involge l'intero contratto, che rimane valido, eccezion fatta per la parte colpita dal giudizio di nullità.

in tutto o in parte, per il danno che il danneggiato ha provocato o ha contribuito, con la propria colpa, a provocare.

Nella fattispecie del ritardo, quindi, non è richiesto al danneggiato di provare la colpa dell'obbligato, ma è consentito al danneggiante di provare, al contrario, di non aver colpa, ma, anzi, di aver avuto una condotta diligente. Inoltre, anche in questo caso è ammessa la prova della colpa del danneggiante, con conseguente diminuzione o perdita del risarcimento spettante.

Per ciascuna di codeste fattispecie di responsabilità, il trattato prevede una limitazione quantitativa degli obblighi risarcitori.

Il danno da ritardo può esser risarcito sino alla concorrenza di 4.150 diritti speciali di prelievo per passeggero; il danno da deterioramento, perdita o distruzione di bagaglio, sino a 1.000 diritti speciali di prelievo per passeggero; quello alla merce 17 diritti speciali di prelievo per ogni chilogrammo di peso dichiarato nella lettera di trasporto.

Queste ultime due limitazioni possono essere superate solo se, al momento dell'emissione dei documenti di trasporto, il mittente abbia dichiarato lo speciale interesse alla consegna a destinazione – come sopra indicato.

Viene invece meno qualsiasi limitazione nel momento in cui il danneggiato provi il dolo – diretto o eventuale⁶⁸ – del vettore o dei suoi dipendenti ed incaricati, nell'arrecare il danno *de quo*.

Ciò non apre, comunque, la via all'applicazione di *punitive damages*, atteso che l'art. 29 della Convenzione esplicitamente prevede: “tale azione non dà luogo ad alcuna riparazione a titolo punitivo, esemplare o comunque non risarcitorio”.

Ulteriore caso di superabilità dei limiti di risarcimento è quello della condanna al pagamento delle spese di giustizia in caso di soccombenza – secondo le leggi procedurali dell'Autorità Giurisdizionale adita –, con espressa esclusione di tale possibilità, qualora la sentenza riconosca un risarcimento pari a quello offerto dal vettore in via stragiudiziale nei sei mesi successivi all'evento di danno o, comunque, prima della proposizione della domanda giudiziale.

⁶⁸ La lettera dell'art. 22 comma 5 così esprime l'elemento soggettivo in esame: “i limiti non si applicano qualora venga dimostrato che il danno deriva da un atto o omissione del vettore, dei suoi dipendenti o incaricati, compiuto con l'intenzione di provocare un danno o temerariamente e con la consapevolezza che probabilmente ne deriverà un danno...”. Questa condotta temeraria (*wilfull misconduct*) si rifà ad un concetto di semintenzionalità, proprio del diritto anglosassone ed estraneo all'ordinamento italiano. Parte della dottrina ritiene di poter appiattare quel concetto su quello di dolo eventuale, ma numerosi sono i dubbi in proposito. Si veda il capitolo 5 del presente elaborato.

L'azione risarcitoria si prescrive⁶⁹ in due anni dall'arrivo a destinazione, o dalla data prevista per l'arrivo o, ancora, dalla data di interruzione del trasporto e, nei casi di danno a bagaglio o merce o da ritardo, deve essere preceduta, sotto pena di decadenza, da un reclamo in forma scritta entro sette giorni, per il bagaglio, quattordici, per la merce, ventuno, per il ritardo, a far data dal ricevimento o dalla comunicazione di disponibilità del bagaglio o della merce medesima.

Tale termine biennale, che costituisce, in effetti, una decadenza, concorre poi con i termini prescrizionali del singolo diritto nazionale e, quindi, per l'Italia, con il termine di prescrizione semestrale ex art. 949 cod. nav.⁷⁰

⁶⁹ Pur se la Convenzione utilizza il termine "prescrizione", in realtà si tratta di una decadenza dall'azione. Sul punto COTTONE M., *La responsabilità civile del vettore nel trasporto aereo di persone*, in *La responsabilità civile del vettore nel trasporto aereo di persone e merci – Casi e materiali*, a cura di CAMARDA – COTTONE – MIGLIAROTTI, Milano, 2006, pag. 180: "il recente orientamento dottrinale e giurisprudenziale ritiene che il termine biennale per l'esercizio dell'azione indicato dalla Convenzione di Montreal è da ritenersi di decadenza (...)" *ibidem* in nota: "così la Corte d'Appello di Roma, che pronunciandosi in tema di trasporto aereo di merci, ha sancito che "il termine biennale per l'esercizio dell'azione, previsto dall'art. 29 della Convenzione di Varsavia del 1929 sul trasporto aereo internazionale, ha natura di decadenza" – Corte d'Appello di Roma 25.09.03 in *Dir. Trasp.* N.3/04 pag. 887 con nota di DE MARZI C.". La natura decadenziale dell'art. 29 Conv. Varsavia appariva chiara all'interprete, già sulla base dell'interpretazione letterale del testa. Con l'adozione della Conv. Montreal, che ha riprodotto all'art. 35 il contenuto dell'art. 29 Conv. Varsavia, tuttavia, sono sorti alcuni problemi, alla luce della diversa formulazione delle versioni in lingua inglese e spagnola, rispetto a quella in lingua francese. In queste prime due, infatti, il termine biennale viene indicato come "di decadenza dal diritto al risarcimento". Una tale dizione, con incidenza del termine non sull'azione, ma sul diritto soggettivo da azionare (si veda MANDRIOLI, *Manuale di diritto processuale civile*, Giappichelli, 1993 e SATTA S. – PUNZI C., *Diritto Processuale Civile*, CEDAM, 1996) nel diritto anglosassone non ha alcuna rilevanza, attesa l'unitarietà del loro istituto della *limitation of action*, ma nel nostro ordinamento crea un evidente problema, anche sotto il profilo della concorrenza con i termini di prescrizione del cod. nav. Dottrina e giurisprudenza hanno però ritenuto di risolvere il dubbio interpretativo sulla scorta del seguente ragionamento logico: l'estinzione del diritto nel biennio può essere evitata unicamente con la proposizione di specifica azione – come previsto dalle norme sulla decadenza – e non con una qualsiasi manifestazione scritta di volontà ad ottenere il diritto in questione – come è invece per la prescrizione – Sulla scorta di tale ragionamento, si deve ritenere che, anche nella Conv. Montreal 99, resti invariata la natura decadenziale del termine biennale ex art. 35 e, di conseguenza, anche l'applicazione concorrente con i termini prescrizionali dei singoli diritto nazionali. Per una disamina sul punto si veda FOGLIANI E., *La decadenza dall'azione*, in TULLIO L. (cura di), *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento della Convenzione di Montreal del 28.05.99*, Napoli, 2006

⁷⁰ Ciò comporta che "in materia di trasporto aereo internazionale la disciplina della decadenza dall'azione, di cui all'art. 29 Conv. Varsavia (oggi 35 Conv. Montreal) si applica in concorrenza con la disciplina della prescrizione dei singoli ordinamenti nazionali" (Corte d'Appello di Roma 25.09.03) Conformemente a tale impostazione, anche la giurisprudenza tedesca: "A claim to indemnify has no influence on the time of the two-year period to file a claim according to article 29 par. 1 of the Warsaw Convention, since according to article 29 par.2 of the Warsaw Convention the method to calculate the period is governed by the law of the judge before whom the matter was brought" – Bundesgerichtshof Deutschland – 06.10.05 – I ZR 14/03 in *European Transport Law*, 2006, pag. 449. Pertanto, il periodo di prescrizione del diritto in Italia è di sei mesi dall'arrivo del volo a destinazione, in base all'art. 949 cod. nav. Diversamente, altra dottrina aveva ritenuto di applicare al trasporto aereo il termine di prescrizione annuale ex art. 2951 c.c.. Sul punto è intervenuta Cass. Civ. n.17444/06, che ha ribadito l'applicabilità della norma speciale del cod. nav., confermando gli orientamenti della giurisprudenza di merito (si veda Giudice di Pace di Cagliari, 22.10.01, in *Riv.Giur.Sarda*, 2004, pag.177)

La Convenzione statuisce in modo puntuale anche in ordine alla giurisdizione competente per le controversie in materia di trasporto aereo internazionale, ai sensi del proprio art. 1.

L'art. 33 prevede infatti quattro fori alternativi: domicilio del vettore, sua sede principale, sede – anche secondaria – presso cui si è stipulato il contratto e luogo di destinazione del trasporto. A tale ventaglio si aggiunge, nel caso di danno alla persona, per morte o lesioni, il foro della residenza del danneggiato, se il vettore vi svolge il servizio di trasporto aereo di passeggeri o vi ha una sede, anche se in base ad accordi di locazione con altro vettore aereo.⁷¹

Così individuato il foro competente, in base al capoverso dell'art. 33, l'azione seguirà le regole processuali del foro prescelto, e, ovviamente, si applicherà la normativa sostanziale del diritto uniforme.

La formulazione di codesto articolo riproduce quella dell'art. 28 della Convenzione di Varsavia, che aveva suscitato sin dall'inizio un acceso dibattito tra dottrina e giurisprudenza internazionali.

Difatti, l'indicazione dei 5 fori venne interpretata, da una parte della dottrina, non come un semplice criterio di collegamento ai soli fini dell'individuazione della giurisdizione, ma come una norma di riparto della competenza, idonea non solo ad individuare lo Stato competente, ma anche il giudice territorialmente competente in quello Stato.⁷²

Ciò sulla scorta di un dato letterale: la Convenzione di Varsavia definiva l'art. 28 come “regole di competenza”, e ribadiva tale definizione anche nel successivo art. 32, in cui disponeva l'inderogabilità della competenza determinata dal diritto uniforme.⁷³

Argomento contrario, invece, veniva tratto dal secondo alinea dell'art. 28 Conv. Varsavia, in cui si affermava che “si seguono le norme processuali del Tribunale

⁷¹ Per una disamina sui cinque criteri di giurisdizione, nonché sulla giurisdizione in caso di arbitrato, si veda PUNZI C., *La risoluzione delle controversie concernenti il risarcimento dei danni*, in TULLIO L. (cura di), *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento della Convenzione di Montreal del 28.05.99*, Napoli, 2006, pag. 315 ss., nonché BUSTI S., *I fori competenti per l'azione di responsabilità contro il vettore aereo internazionale*, in *Trasporti*, 2000, pag.59 e CARBONE, *Criteri di collegamento giurisdizionale e clausole arbitrali nel trasporto aereo: le soluzioni della Convenzione di Montreal del 1999*, in *Riv.dir.int.priv.proc.*, 2000, pag.7

⁷² La giurisprudenza statunitense fu la prima a discostarsi da una interpretazione che ritenesse l'art. 33 – allora art. 28 Convenzione di Varsavia – come norma sulla competenza e non unicamente sulla giurisdizione. Al contrario, la giurisprudenza francese sposò l'opposto dottrina. Per un rassegna di pronunce sul punto si veda MONTANARI M.S., *Sull'interpretazione dell'art. 28 della Convenzione di Varsavia in materia di giurisdizione e competenza territoriale nel trasporto aereo internazionale*, in *Dir. Trasporti*, 1994, pag.189 ss. e, in specie, pag.200

⁷³ MONTANARI M.S., *cit.*, pag. 205

adito”, con ciò permettendo all’interprete di includere anche l’applicazione delle norme interne sulla competenza e, quindi, di ridurre le regole del primo alinea dell’art. 28 a meri criteri di collegamento ai fini della determinazione della giurisdizione.

La nuova formulazione della Convenzione di Montreal, in cui sia la rubrica dell’art. 33, sia l’art. 49 sulla inderogabilità della giurisdizione, parlano di “competenza giurisdizionale”, ha rafforzato la posizione di quanti propendevano per l’interpretazione delle regole di competenza come di regole unicamente inerenti la giurisdizione.⁷⁴

Sul punto la giurisprudenza italiana ha solo di recente⁷⁵ preso posizione con la sentenza n. 11183 del 2005 in cui la Suprema Corte ha espressamente sancito che l’art. 28 della Convenzione di Varsavia, oggi sostituito dall’art. 33 della Convenzione di Montreal del 1999, nella parte in cui individua i fori alternativi dell’azione del danneggiato nel luogo del domicilio del vettore o della sede principale della sua attività o nel luogo in cui esso possiede un’impresa che ha provveduto a stipulare il contratto, o in quello di destinazione del volo, attiene esclusivamente alla giurisdizione e non anche alla competenza interna. Tale argomento è tratto innanzitutto dal dato letterale; l’articolo in esame si intitola “competenza giurisdizionale” ed il suo comma 4 (ex comma 2 Conv. Varsavia) stabilisce che le regole di procedura, tra cui vi sono quelle sulla competenza territoriale, sono quelle del tribunale adito.

Pertanto, una volta individuato lo stato membro competente, sarà in base alla legge processuale di quest’ultimo che verrà individuato il foro interno competente.⁷⁶

⁷⁴ BUSTI S., *Il contratto di trasporto aereo*, cit.

⁷⁵ La questione era stata sollevata dinanzi alla Suprema Corte italiana nel 1993. Tuttavia, poiché era stato proposto regolamento di giurisdizione, la Corte, rilevato che “anche se il riferimento al tribunale del luogo di destinazione, contenuto nell’art. 28 della Convenzione di Varsavia, dovesse essere inteso non soltanto come criterio di collegamento ai fini della determinazione dello Stato cui va attribuita la competenza internazionale, ma contemporaneamente attributivo di competenza interna, ai fini della questione di giurisdizione è sufficiente accertare che l’azione è stata proposta nello stato in cui si trova il luogo di destinazione, a nulla rilevando che il giudice investito sia, o non sia, munito di competenza interna.”. In tal modo la Corte dichiarò il ricorso inammissibile e non si pronunciò sulla questione, allora molto dibattuta, neppure incidentalmente.

⁷⁶ Il fatto che l’art. 33 della Convenzione di Montreal non possa essere utilizzato quale strumento di determinazione della competenza interna, in particolare di quella territoriale è stato poi riaffermato ripetutamente dalla giurisprudenza di merito, nel dirimere questioni circa l’applicabilità della previsione ex D.Lgs 206/05 in ordine al foro del consumatore nella determinazione della competenza in cause aventi ad oggetto contratti di trasporto aereo internazionale ai sensi dell’art. 1 Conv. Montreal 99. Sul punto, tra tante, Trib. Bari 25.3.2002; Tribunale Lanciano 01.7.2002. Oggetto di ulteriore dibattito fu poi l’esistenza o meno di una competenza funzionale dei tribunali, in virtù dell’uso di tale sostantivo nel testo dell’art. 33 medesimo. Ha prevalso sia in dottrina che in giurisprudenza la tesi che ritiene l’uso del termine “tribunale” in senso atecnico, volto ad indicare “l’autorità giudiziaria”. Ciò alla luce delle profonde diversità tra sistemi giudiziari dei vari stati membri, che rendeva impossibile ritenere che vi

Anche qualora le parti decidessero di stipulare un clausola compromissoria, l'arbitro dovrà necessariamente applicare il diritto uniforme, e non potrà essere scelto al di fuori delle giurisdizioni che sarebbero competenti ai sensi del descritto art. 33.

Alla luce di tutte le responsabilità previste in capo all'impresa vettrice, la stessa ha l'obbligo di stipulare un contratto di assicurazione che costituisca idonea copertura ai rischi sopra menzionati.

Responsabilità che, per esplicita previsione della Convenzione, sono estese anche al vettore di fatto, che è solidalmente obbligato con il vettore contrattuale, e contro cui si può agire, con o senza litisconsorzio con il vettore contrattuale, fermo restando il diritto di regresso del vettore contrattuale su quello di fatto.

Infine, la Convenzione statuisce la propria imperatività e la nullità di qualsiasi clausola volta a derogare o eludere l'applicazione di qualsiasi sua disposizione.

Il codice della navigazione

Di pari grado gerarchico, il nostro Codice della Navigazione e le leggi speciali in materia di trasporto aereo recepiscono i dettami del sistema del diritto uniforme, ma anche, come sopra osservato, le norme sovraordinate di matrice comunitarie.

Il Codice – unitamente alla disciplina comunitaria che, essendo *self executing* è immediatamente vigente nel nostro ordinamento - è applicabile al di fuori dell'ambito operativo del sistema di Varsavia (ora Montreal), sia nell'ambito interno che in quello internazionale, qualora le regole del diritto internazionale privato indichino la legislazione italiana quale norma sostanziale applicabile.

Il libro secondo del Codice, dedicato alla navigazione aerea, ha subito recenti novelle, che hanno recepito, attraverso lo strumento del rinvio, la disciplina comunitaria, soprattutto in ordine al contratto di trasporto aereo e, nella specie, della responsabilità del vettore.

L'art. 941, infatti, prevede che il trasporto aereo sia regolato dalle norme comunitarie ed internazionali. Il rinvio, però, prevede anche l'applicabilità delle norme sul trasporto marittimo, di cui agli articoli da 414 a 417.

Sulla scorta di tale richiamo, oltre agli obblighi esplicitati dagli articoli 942 (obbligo di assicurazione) e 943 (obbligo di informazione in ordine all'effettivo vettore, qualora

potesse essere, nei redattori della Convenzione, un intento di individuazione di uno specifico organo giudiziario a cui devolvere la competenza interna, ma anche in base al principio che l'art. 33 individua solo la giurisdizione, demandando poi alla legge processuale interna la determinazione della competenza.

diverso da quello contrattuale) si aggiungono quelli previsti nel libro I, per il traffico marittimo, ossia: garantire l'incolumità del passeggero e dei bagagli, anche non registrati (ossia consegnati) e garantire l'assistenza sanitaria nei trasporti con più di centocinquanta passeggeri.

La responsabilità del vettore va dalle operazioni di imbarco a quelle di sbarco, per quanto concerne i danni alla persona. Per quanto riguarda bagagli registrati e merci, l'arco temporale dell'obbligazione si estende dal momento della presa in custodia a quello della riconsegna.

Il passeggero, invece, ha l'obbligo di presentarsi all'imbarco nel tempo stabilito e, in mancanza, il vettore ha il diritto, ai sensi dell'art. 946, di trattenere l'intero prezzo del biglietto.

Tale previsione è derogabile contrattualmente – come nei fatti avviene sovente – e non opera se il vettore ha accettato l'imbarco di un passeggero sostitutivo, indicato dall'utente inadempiente.

Inoltre, il trattenimento del prezzo del trasporto non è consentito quando il passeggero non si presenta per causa a lui non imputabile, derivante da impedimento proprio o di un proprio congiunto o addetto alla famiglia, che doveva viaggiare unitamente al passeggero non presentatosi.

Qualora la comunicazione dell'impedimento venga data colpevolmente in ritardo, tuttavia, l'utente del trasporto risponde del danno arrecato al vettore, sino alla concorrenza con il prezzo del biglietto.

Il codice, all'art. 949 bis, stabilisce una generica responsabilità del vettore per la mancata esecuzione del trasporto, prevedendo, con formulazione analoga a quella adottata all'art. 19 della Convenzione di Montreal in merito al ritardo, che il vettore possa esonerarsi da responsabilità, qualora provi o di aver preso tutte le misure necessarie e possibili, secondo la normale diligenza, per evitare il danno o che le stesse erano impossibili.

Tale norma appare quasi di chiusura, dopo la previsione specifica, agli articoli 947 e 949, della responsabilità per negato imbarco, cancellazione del volo, ritardo alla partenza e interruzione del viaggio. In detto articolo si specifica che, nei casi indicati, al passeggero spettano tutti i diritti previsti dalla normativa comunitaria e si indica l'ENAC quale ente responsabile dell'applicazione della suddetta normativa.

Ulteriore rinvio viene operato dall'art. 948, rubricato "lista d'attesa". In questo caso la norma rinvia ad un regolamento ENAC disciplinante l'argomento e, così facendo, conferisce alla fonte rinviata il medesimo rango del Codice della Navigazione. Accanto al rinvio, tuttavia, la norma specifica gli obblighi di trasparenza nella redazione e gestione della lista d'attesa.

Il Codice della Navigazione riceve esecuzione dal Regolamento Ministeriale, di recente emanazione, fonte di secondo grado del nostro ordinamento.

2.5 Gli usi e la normativa tecnica. L'analogia.

Tra le fonti l'art. 1 del codice della navigazione colloca gli usi e poi, ancora, l'analogia.⁷⁷

La consuetudine ha scarsa presenza e poche possibilità di radicarsi nel trasporto aereo, caratterizzato da dinamicità ed oggetto di puntuale intervento normativo, peraltro in sede internazionale.

Peraltro, la dottrina è discorde nel ritenere che il codice della navigazione effettui un rinvio generale agli usi. Parte della dottrina interpreta la norma dell'art. 1 del codice nel senso di un rinvio generico alla consuetudine⁷⁸, che, pertanto, diverrebbe ammissibile anche se *praeter legem specialem*; altra parte⁷⁹, invece, ritiene che solo i rinvii specifici, di singole norme a singoli usi, siano effettivamente operanti. In tal modo l'uso di volta in volta richiamato assurgerebbe al grado gerarchico della norma richiamante, ponendosi in primazia rispetto ai regolamenti.⁸⁰

Problematica a parte è stata sollevata in ordine ai NOTAM (NOtice TO Air Man) e agli AIP (Aeronautics Informations Publications)⁸¹.

Questi atti sono informazioni dell'autorità aeroportuale, contenente a volte indicazioni meteo, a volte raccomandazioni di comportamento, altre ancora, il testo di circolari o regolamenti.

⁷⁷ GAETA, *Le fonti del diritto della navigazione*, cit., afferma, in riferimento all'art. 1 del cod.nav. che impropriamente la rubrica parla di fonti del diritto della navigazione, poiché l'analogia non è una fonte del diritto e, quindi, più propriamente si sarebbe dovuto rubricare "norme sulla materia".

⁷⁸ GRIGOLI S., *Diritto della navigazione*, cit., pag. 39; LEFEBVRE D'OIDIO – PESCATORE – TULLIO, *Manuale*, pag. 55; ROMANELLI G., *Il trasporto aereo di persone*, cit., pag. 137; GAETA, *Le fonti*, cit., pag. 202

⁷⁹ BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958, pag. 809; FRANCESCELLI, R., *Consuetudine (diritto moderno)*, in *N.s.s. Digesto It.*, IV, Torino, 1959, pag. 325

⁸⁰ BUSTI S., *Il contratto di trasporto aereo*, cit., pag. 53 ss.

⁸¹ Vedi Cons. Stato, sez. IV, 28 agosto 1984 n. 646 circa la definizione di NOTAM e AIP.

L'opinione dominante è che siano prive di valore giuridico, tuttavia, parte della dottrina ritiene che il largo uso le elevi al rango di consuetudini *praeter legem*.⁸²

Inoltre, nel momento in cui codesti bollettini contengano la comunicazione di un regolamento o di un'ordinanza, essi diventano strumento di notorietà legale dell'atto normativo, così che gli aeronaviganti non si attengono al NOTAM per consuetudine, ma per ottemperanza alla norma regolamentare in esso contenuta⁸³.

Diverso è invece il ruolo della normativa tecnica, di matrice internazionale.

Infatti, la stessa è stata variamente recepita dal nostro ordinamento.

Con atto regolamentare sono stati recepiti tutti gli Allegati tecnici alla Convenzione di Chicago del 1944⁸⁴, rendendoli così fonti di secondo grado.

I JAR (Joint Aviation Requirement) regole tecniche per la sicurezza aerea emanate dall'Autorità europea per la navigazione aerea, vennero recepiti con atto normativo comunitario, con il Regolamento 3922/CE/91, rendendoli addirittura fonte sovraordinata.⁸⁵

Ciò non è avvenuto per i successivi codici JAR, emanati nel corso di questo decennio, che sono invece stati recepiti con regolamenti ministeriali, e di tali strumenti hanno la forza gerarchica.

Infine, l'applicazione della norma prevede il ricorso all'analogia, al fine di colmare eventuali vuoti normativi o dubbi interpretativi.

L'analogia nell'ambito del diritto della navigazione deve avvenire in primo luogo all'interno dell'*acquis* navigazionistico, e solo in una seconda istanza, in estremo subordine, si può procedere all'analogia con il diritto civile.

Tuttavia, l'ampio rinvio alle norme sul trasporto marittimo, operato dagli articolo 941 e 952, operano da limitatore dell'uso dell'analogia, atteso che tutte le norme relative al

⁸² Una tale interpretazioni conduce a dare rilevanza penalistica all'inosservanza delle raccomandazioni contenute in questi bollettini informativi. Sul punto si veda ROSSI P, *Brevi riflessioni in merito ai NOTAMS*, in *Dir. aereo*, 1980.

⁸³ LANDI – POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1987, pag. 240ss.

⁸⁴ Con L. 24/57 il Governo aveva avuto una delega triennale per il recepimento di tutti gli annessi ICAO alla Convenzione di Chicago. Tale delega non è stata però eseguita e la recezione è avvenuta, infine, con DPR, in cui si prevede l'aggiornamento delle norme tecniche attraverso decreti del Ministero dei Trasporti, così da garantire l'agilità degli emendamenti conseguenti all'ovvio sviluppo tecnico della materia. Su questo argomento si rinvia alla copiosa bibliografia in BUSTI S., *ult. cit.*, pag. 44 e 45, note 76-77-78-79-80.

⁸⁵ Il regolamento ha recepito la normativa tecnica in materia di sicurezza, così come convenuta negli Accordi di Cipro del 11.09.90. Sulla vicenda ARRIGONI, *JAA: Development of an international standard for safety regulation*, in *Air Law*, 1992

trasporto marittimo vengono applicate a quello aereo, non sulla base di un ragionamento analogico, ma per esplicito rinvio di legge⁸⁶.

Appare evidente come, alla luce di tali considerazioni, il ricorso all'analogia sia ipotesi estremamente residuale, e tenda ad essere operato al di fuori del diritto della navigazione.

Nell'ambito del diritto civile, poi, il ricorso all'interpretazione analogica dovrà essere operato prima di tutto tra le norme del contratto di trasporto, attuando una interpretazione infrasistemica⁸⁷, e, poi, tra le discipline dei contratti aventi dei punti di affinità, come, ad esempio, il contratto d'appalto.⁸⁸

Non potrà essere invece attuato un ricorso analogico ad altre normative trasportistiche speciali, come, ad esempio, le norme sul trasporto ferroviario, atteso il divieto d'analogia previsto dall'art. 14 delle preleggi.

2.2. la disciplina normativa del negato imbarco, del ritardo e della cancellazione del volo

2.2.1. La Convenzione di Montreal.

Nel sistema di Varsavia, oggi rinnovato dalla Convenzione di Montreal del 1999, non viene fatta alcuna menzione al fenomeno dell'*overbooking-overselling*.

Come già osservato, la normativa si occupa della responsabilità del vettore limitatamente ai danni da lesione e morte, oppure ai danni a bagaglio o merci.

⁸⁶ Sul punto BUSTI, *ul. cit.*: "Così visto il rinvio della parte aeronautica, per quanto non previsto in essa, a quella marittima del cod. nav., e posto che la normativa aeronautica si riferisce solo ai documenti del trasporto ed alla responsabilità del vettore aereo, ne consegue che il contenuto della prestazione dallo stesso dovuta va ricercato nella normativa propriamente dettata sul trasporto marittimo. (art. 397-418 per il trasporto di persone e 425-438 e 451-456 per quello merci). Spetterà all'interprete valutare, in concreto, l'applicabilità di tale normativa sul trasporto marittimo a quello aereo. Infatti, la gran parte di essa, oltre ad essere inapplicabile di diritto, perché corrispondente a norme dettate sulla navigazione marittima, è qualche volta inapplicabile di fatto, per il suo contenuto troppo strettamente legato a caratteristiche ed esigenze del traffico marittimo."

⁸⁷ IBIDEM: "In forza del principio della prevalenza della regola speciale su quella generale, dovranno essere prioritariamente considerate le disposizioni in tema di contratto di trasporto in generale, e di quei contratti di cui lo stesso è una specie, come l'appalto, tenendosi sempre ben presente la valenza soltanto ausiliaria del diritto comune, in relazione al complesso del diritto della navigazione, quale criterio costantemente temperatore all'applicazione del primo in rapporto al secondo". Per una rapida ricognizione delle norme del codice civile inerenti il contratto di trasporto ed applicabili al trasporto aereo si veda CALVO R., *Contratti e mercato*, Giappichelli, 2006, pag. 189-192

⁸⁸ IBIDEM: "Così è giustificato il ricorso all'art. 1657 c.c., norma dettata per determinare il corrispettivo dell'appaltatore in difetto di pattuizioni dei contraenti, anche in caso di trasporto, ma le tariffe e, soprattutto, gli usi da prendere in considerazione per calcolare il compenso del vettore (prima di rimettersi alla valutazione equitativa del giudice) sono palesemente quelli propri della navigazione, valendo l'ausilio del diritto comune in funzione del ripristino dell'applicabilità della regola speciale".

Infine, prevede una responsabilità per l'inesatto adempimento del vettore, costituito dal ritardo nel trasporto, sia di cose sia di persone.

Nessuna disposizione disciplina invece l'eventualità di un totale inadempimento della Compagnia aerea che, semplicemente, non permetta al passeggero l'imbarco sullo specifico volo prenotato e confermato.

Posto pertanto che la fattispecie di *overbooking* che abbia come esito la totale mancata esecuzione del trasporto non trova, nell'ambito della Convenzione, alcuna regolamentazione⁸⁹, sorgono dubbi interpretativi nel momento in cui dall'*overbooking* derivi semplicemente un inadempimento inesatto, a causa del ritardo nel trasporto.

In tal caso, duplice è il problema interpretativo: in primo luogo, verificare se il ritardo previsto dalla Convenzione possa essere anche un ritardo verificatosi non a bordo dell'aeromobile, ma prima dell'inizio del volo. In secondo luogo, è necessario analizzare se il trasporto con veivolo sostitutivo, a seguito di sovrapprenotazione del volo prescelto, costituisca un adempimento inesatto, perché tardivo, e non, comunque, un inadempimento, con esclusione in radice dell'applicabilità della normativa uniforme non essendo adempiuta l'obbligazione di imbarcare il passeggero sulla specifico volo dedotto nel titolo di viaggio.

a. il ritardo e l'estensione temporale dell'applicabilità dell'art. 19 della Convenzione.

Il ritardo risarcito secondo la Convenzione di Montreal è quello che avviene "durante il trasporto aereo". Ciò comporterebbe, secondo la giurisprudenza straniera, l'esclusione del ritardo che si sia verificato per causa di disservizi in fase precedente all'imbarco e all'espletamento del trasporto, come è nel caso di *overbooking*.⁹⁰

La dottrina italiana ha interpretato diversamente entrambe le problematiche⁹¹.

In ordine all'arco temporale rilevante ai sensi dell'art. 19 della Convenzione, infatti, la disposizione letterale afferma genericamente che viene risarcito il danno da ritardo avvenuto "*dans le transport aerien*".

La dottrina ha ricercato all'interno del complesso normativo della Convenzione, una via interpretativa per la locuzione "durante il trasporto"⁹².

⁸⁹ ANTONINI A., *La responsabilità del vettore aereo di persone nel trasporto nazionale e in quello internazionale*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2001, 6, 1108

⁹⁰ GIRARDI P., *Riflessi giuridici dell'overbooking nel trasporto aereo di linea*, in *Dir. Trasp.* II/88

⁹¹ Per una disamina di queste problematiche si veda MASUTTI A., *Il ritardo nel trasporto aereo. Prevenzione e responsabilità*, Giappichelli, 2008, pag. 105 e ss.

Una attenta analisi di tutte codeste teorie, non può che condurre alla conclusione che la Convenzione non reca in sé alcun elemento concludente per la determinazione dei limiti di estensione temporale della normativa sulla responsabilità del vettore per ritardo nel trasporto internazionale di persone.⁹³

In assenza di norme di diritto uniforme in grado di dirimere il dubbio interpretativo, è necessario rivolgersi al diritto interno applicabile nel caso concreto.⁹⁴

Tuttavia, le norme interne dell'ordinamento italiano non sono molto chiare sul punto. Fino alla recente riforma del 2005, infatti, la norma di riferimento era costituita dall'art. 942 cod. nav., che recitava: "il vettore risponde del danno per il ritardo e per l'inadempimento nell'esecuzione del trasporto, nonché per i sinistri che colpiscono la persona del passeggero, dall'inizio delle operazioni di imbarco al compimento di quelle di sbarco, a meno che non provi che egli ed i suoi dipendenti e preposti hanno preso tutte le misure necessarie e possibili, secondo la normale diligenza per evitare il danno.". La norma proponeva una generica individuazione temporale: "l'esecuzione del trasporto" e, secondo dottrina dominante ma non unanime, riservava ai soli danni da lesione e morte la limitazione temporale del lasso di tempo dall'imbarco allo sbarco. Una tale interpretazione, estendeva quindi l'operatività dell'art. 19 della Convenzione di Montreal 1999 a tutti i ritardi nel trasporto, anche se eziologicamente connessi ad un evento precedente all'imbarco – come, ad esempio, il mancato approntamento dell'aeromobile.

Tuttavia, a seguito della riforma della parte aerea del Codice di Navigazione, l'art. 942 ha cambiato totalmente formulazione. Il ritardo viene disciplinato in modo separato dalla generica inesecuzione del contratto.

Infatti, l'art. 947 stabilisce: "in caso di negato imbarco, di soppressione o ritardo della partenza, di interruzione del viaggio, anche per causa di forza maggiore, il passeggero ha i diritti previsti dalla normativa comunitaria" e l'art. 949bis dispone: "il vettore è responsabile dei danni derivanti dalla mancata esecuzione del trasporto del passeggero o del suo bagaglio a meno che non provi che egli ed i suoi dipendenti e preposti hanno preso tutte le misure necessarie e possibili, secondo la normale diligenza per evitare il danno."

⁹² Per una trattazione completa, si veda BUSTI S, *ult. Cit.*

⁹³ Invece, precisi sono i riferimenti in ordine al trasporto di cose.

⁹⁴ CORONA V., *La tutela per overbooking nella convenzione di Varsavia*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, ISDIT, Cagliari, 2005, pag. 192

In entrambe le disposizioni, quindi, non si rinviene alcuna limitazione temporale della responsabilità. Nell'una, infatti, si affronta il tema dell'inesecuzione e, quindi, il danno non si è prodotto nell'arco temporale di esecuzione del trasporto, atteso che nessun trasporto ha avuto luogo. Nell'altra si rinvia *de plano* alla normativa comunitaria.

La normativa CE in proposito è costituita dal Reg. 261/CE/2004, che non definisce il ritardo, né l'arco temporale di riferimento; pur tuttavia il ritardo considerato dall'art. 6 del Regolamento è un ritardo alla partenza, ossia non cagionato nel corso del volo o durante le operazioni di imbarco, ma, tipicamente, da imprevisti occorsi nell'approntamento dell'aeromobile.

Da ciò, si potrebbe quindi dedurre, forse con maggior determinatezza rispetto alla precedente formulazione del Codice della Navigazione, che l'interpretazione di "*dans le transport aerien*" debba essere la più estesa previsione, inerente l'intera esecuzione, in ogni sua fase, del trasporto aereo.

In tal senso la dottrina maggioritaria ha affrontato l'analisi dell'art. 19 Convenzione di Montreal innanzitutto interpretando il concetto di ritardo come "ritardo all'arrivo" e, quindi, elaborando il concetto di tempo medio di percorrenza⁹⁵.

Ed infatti, poiché usualmente gli orari di partenza ed arrivo indicati dal vettore sono solo parametri, ma non costituiscono oggetto del contratto, il ritardo potrà essere definito solo in relazione al tempo che, usualmente, in base ai parametri indicativi forniti dal vettore, si impiega per il trasporto su una determinata tratta.

Così inteso, quel che rileverà ai fini della configurabilità o meno di un "ritardo" ex art. 19 Conv. di Montreal, sarà la non trascurabile diversità tra detto tempo medio e quello impiegato per lo specifico volo, indipendentemente dal fatto che detta diversità abbia avuto genesi in partenza o durante il volo.

Al contrario, nel Reg. 261/2004/CE quel che ha rilievo è unicamente l'attesa che precede l'imbarco, svincolata da qualsiasi – prevedibile - riflesso sul ritardo all'arrivo.

Ed invero, mentre la Convenzione di Montreal si cura di risarcire il danno da ritardo, la normativa comunitaria si occupa unicamente di fornire assistenza nell'attesa, e,

⁹⁵ "Tale ricostruzione è nota come concezione oggettiva del ritardo. Vi è chi – dottrina minoritaria – ha sviluppato, invece, una ricostruzione in chiave soggettiva, basata sull'accertamento di un'esecuzione del trasporto in buona fede da parte del vettore" (MASUTTI A., *Il ritardo nel trasporto aereo. Prevenzione e responsabilità*, Giappichelli, 2008, pag. 118). Ancora vi è chi ha contestato la validità della clausola di esclusione degli orari dall'oggetto del contratto (reputandola vessatoria) e, quindi, per conseguenza, ha ricondotto il ritardo al mancato rispetto dei tempi programmati e segnalati sul biglietto (si veda GIACOBBE S., *La responsabilità del vettore aereo per ritardo*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, ISDIT, Cagliari, 2005).

qualora il forte ritardo abbia cagionato il venir meno dell'interesse alla prestazione, garantire il diritto alla risoluzione del contratto, senza minimamente incidere sull'aspetto risarcitorio connesso a tale inesatto adempimento/inadempimento.

La Convenzione di Montreal, peraltro, limita il risarcimento sotto il profilo quantitativo, prevedendo dei massimali, pari a 4.150 unità di prelievo, e statuendo, all'art. 22, che detto limite possa essere superato solo in caso di dolo o di condotta temeraria causativa del ritardo medesimo.

Inoltre, con disposizione prevista dal reg. 261/2004/CE in tema di cancellazione del volo, la convenzione prevede che il vettore non sia responsabile del ritardo dovuto a caso fortuito, ovvero quando detto ritardo sia cagionato da motivi tecnici⁹⁶, atmosferici e di sicurezza e il vettore provi di aver fatto tutto il possibile per evitare il ritardo⁹⁷.

b. overbooking con riprotezione del passeggero e sua qualificabilità come ritardo, ai sensi dell'art. 19 Conv. Montreal 99.

Dottrina e giurisprudenza sono divise in ordine alla possibilità di qualificare il negato imbarco su un volo, a cui faccia seguito la riprotezione su altro aeromobile, come inadempimento piuttosto che adempimento inesatto.

Una datata giurisprudenza francese⁹⁸ riteneva che il mancato imbarco sul preciso volo indicato nel titolo di viaggio, dovuto a soppressione del volo, costituisse un caso di ritardo, atteso che il passeggero veniva imbarcato sul successivo primo volo utile.

In senso contrario si è espressa più recente giurisprudenza⁹⁹ e parte della dottrina¹⁰⁰.

Altra dottrina ha invece osservato l'opportunità di distinguere un negato imbarco su un volo di linea, rispetto ad un volo *charter*. Difatti, la prestazione di trasporto su volo di linea – che avviene periodicamente e continuamente – non può mai divenire impossibile e, quindi, un diniego di imbarco non può mai essere definitivo¹⁰¹.

⁹⁶ Il vettore ha però l'onere di provare che l'avaria si è verificata senza sua colpa e, quindi, indipendentemente dall'aver operato con diligenza tutti i controlli tecnici e le manutenzioni di legge. Sul punto Giudice di Pace di Palermo, 11 ottobre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 981.

⁹⁷ GIACOBBE S., *La responsabilità del vettore aereo da ritardo*, pag. 111: "tra le cause oggettive di ritardo si annoverano le condizioni meteorologiche avverse, il dirottamento causato da atti di pirateria e lo sciopero generale"

⁹⁸ Tribunal de Grande Instance de la Seine, Houdin R. Vs. Panair e Tribunal de Commerce de la Seine, 17.01.1949 contro Socotra.

⁹⁹ Landgericht Frankfurt a.M. 12.03.1984 in *Transpr.*, 1985, 235

¹⁰⁰ CORONA V., *La tutela per overbooking...*, cit., pag. 198ss.

¹⁰¹ SUNDBERG, *Air Charter. A study in legal development*, Stoccolma, 1961

A tal proposito si è osservato che ci si può trovare in tre distinte situazioni di riprotezione del passeggero: in primo luogo il passeggero può avere un biglietto aperto, aver prenotato su uno specifico volo, colpito da *overbooking*, ed essere stato riprotetto, ottenendo comunque la prestazione di trasporto; è poi possibile che il medesimo passeggero venga riprotetto dopo una tale attesa da aver perduto l'interesse a ricevere la prestazione¹⁰²; infine, può verificarsi il caso di un passeggero che abbia acquistato un biglietto chiuso, per uno specifico ed esclusivo volo.

Se nel primo caso è possibile ritenere, come parte della dottrina difatti ritiene, che il negato imbarco si sia risolto, al fine, in un ritardo, negli altri due casi non è possibile argomentare diversamente che per l'inadempimento totale.

Aderendo pertanto ad una tale interpretazione, il diritto uniforme internazionale dovrà essere ritenuto applicabile alle fattispecie di *overbooking* su volo internazionale di linea, in cui le parti non abbiano espresso una prenotazione specifica ed esclusiva su un determinato volo.

L'adesione alla più restrittiva teoria, che nega in ogni caso l'equiparazione del diniego d'imbarco al ritardo, invece, condurrà a ritenere non applicabile alla fattispecie il sistema di diritto uniforme.

Verso tale seconda conclusione si è spinti anche dall'analisi del dettato normativo della Convenzione di Montreal 99, e dalla riflessione sulla *ratio* di codeste disposizioni.

Il ritardo, nel sistema "ex-Varsavia", è risarcibile in caso di mancata prova a carico del vettore – a cui è concesso di dimostrare di aver posto in essere tutte le accortezze che la diligenza media suggeriva per evitare il ritardo.

Inoltre, anche quando tale prova non fosse raggiunta, il risarcimento è comunque limitato quantitativamente, con l'unica eccezione della causazione dolosa del ritardo, da parte del vettore o dei suoi dipendenti.

La fattispecie dell'*overbooking*, a ben vedere, non si adatta ad una tale disciplina¹⁰³.

Infatti, sia la previsione della possibilità di provare la mancanza di colpa, sia la previsione del limite quantitativo al risarcimento sono, nei fatti, inapplicabili, per la natura stessa della sovrapprenotazione.

Infatti, poiché l'*overbooking-overselling* è una scelta economica ragionata, pianificata e senza dubbio consapevole, con cui il vettore si assume il rischio di causare un danno al

¹⁰² U.S. District Court, Southern District of New York, 05.07.1979, *Mahaney vs, Air France*

¹⁰³ CORONA V., *La responsabilità da overbooking*, cit., pagg. 194 ss.

passaggero, egli non potrà mai, in alcun modo, provare né la diligenza nell'evitare il danno cagionato dalla sua scelta, né la mancanza di consapevolezza del rischio di danneggiare il passeggero.

Alla luce di queste considerazioni, si deve ritenere che il diritto uniforme internazionale non sia applicabile alla fattispecie del negato imbarco per impedimento del vettore. La fattispecie, quindi, sarà regolata dal diritto nazionale applicabile al caso concreto, così come individuato dalle norme di conflitto del diritto internazionale privato.

c) la cancellazione del volo nella Convenzione

Come l'*overbooking*, anche la cancellazione del volo non ha esplicita regolamentazione all'interno del Sistema di Montreal - Varsavia, con ciò spingendo la dottrina, con procedimento in parte simile a quello seguito per il diniego d'imbarco, a costruzioni volte a ricondurre la fattispecie nell'alveo del ritardo.

Elemento di diversità rispetto al diniego d'imbarco, invero, si nota innanzitutto perché mentre in quest'ultimo caso il vettore esclude un singolo passeggero dal godimento di una prestazione che comunque viene fornita agli altri utenti, nel caso della cancellazione, in realtà, l'esecuzione è posticipata indifferentemente per tutti i passeggeri. Ciò porta ad assimilare con più facilità tale figura al ritardo *tout court*.

Tale analogia tra le due fattispecie è ancor più agevole laddove si tratti di voli di linea – ossia con più partenze sulla stessa tratta nello stesso giorno.

Ed infatti, la dottrina maggioritaria ha trovato proprio nella differenza tra voli di linea (o falso charter) e charter il discrimine per configurare la cancellazione di un volo di linea riprotetta in un ragionevole arco di tempo come ritardo, e applicare quindi la disciplina dell'art. 19 della Convenzione di Montreal.

2.2.2 Il Regolamento 261/CE/2004

Il dovere di garantire un elevato livello di protezione dei passeggeri, con riguardo alle esigenze di protezione del consumatore in generale, ha portato di recente il Consiglio Europeo a riflettere su tre prassi “fastidiose”: il negato imbarco, la cancellazione del volo e il ritardo prolungato.

Tali fattispecie sono state osservate alla luce del precedente Regolamento 295/CE/1991, che disciplinava unicamente la fattispecie dell'*overbooking*, e alla luce di un giudizio di insufficienza di tale normativa.

Nei *consideranda* del Regolamento, si fa infatti esplicito riferimento alle esigenze, ulteriori rispetto alla precedente disciplina, che spingono il legislatore comunitario a rimodellare la normativa in proposito.

Primo tra tutti, il problema della attenuazione delle differenze di trattamento tra voli di linea e voli *charter*. In secondo luogo, l'esigenza di implementare l'ambito di applicazione della normativa sull'*overbooking*. Esigenze queste, frutto del sempre maggior diffusione del mezzo aereo, quale strumento di viaggio, e del suo impiego su tratte non solo sopranazionali, ma extra-comunitarie.

Finalità preminente della normativa è diminuire i disagi del viaggiatore, irrigidendo la disciplina della responsabilità del vettore – salvo concedere poi, a quest'ultimo, un ampio diritto di regresso nei confronti dei terzi imputabili o coobbligati – soprattutto per quanto concerne l'attenzione ai disabili e ai passeggeri con particolari esigenze.

Vengono infine alla luce, sulla scorta delle recenti affermazioni in ordine al diritto del consumatore all'informazione, rinnovati e più stringenti obblighi informativi in capo al vettore.

Ulteriore vigore alla normativa viene data attraverso la previsione di un sistema sanzionatorio dell'inottemperanza al Regolamento.

Partendo da codeste premesse, il Consiglio ed il Parlamento europeo hanno emanato il Regolamento¹⁰⁴ in epigrafe, avente ad oggetto il negato imbarco, la cancellazione del volo ed il ritardo prolungato¹⁰⁵ su qualsiasi volo, di linea o *charter*.

La disciplina è applicabile a qualsiasi aeromobile in partenza da un aeroporto di un paese comunitario e, inoltre, a qualsiasi aeromobile di vettore comunitario, in partenza da paese terzo e con destinazione localizzata in un paese comunitario.

Qualora, però, il passeggero abbia già ricevuto una compensazione per il negato imbarco, la cancellazione del volo o il ritardo prolungato, secondo la normativa del paese di partenza, allora cessa l'applicabilità del regolamento europeo.

Peraltro, all'art. 17 Reg. il legislatore stabilisce che, entro il 1 gennaio 2007, la Commissione relazioni in ordine all'opportunità di estendere l'applicazione della normativa anche ai voli effettuati da un paese terzo verso un paese membro con un vettore non comunitario, ma sulla base di un contratto con un vettore comunitario o

¹⁰⁴ Per una analisi del contenuto normativo del regolamento, cfr TULLIO L., *overbooking, cancellazione e ritardi*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, ISDIT, Cagliari, 2005

¹⁰⁵ Le disposizioni normative su cancellazione del volo e ritardo prolungato saranno analizzate nei capitoli dedicati a tali argomenti. In questa sede si segnalano gli articoli di riferimento del Regolamento: art. 5 per la cancellazione del volo e art. 6 per il ritardo.

di una prenotazione di volo all'interno di un "pacchetto tutto compreso", ai sensi della Dir. 90/314/CEE.¹⁰⁶

Restano esclusi dall'ambito di operatività della disciplina i voli gratuiti o a tariffa ridotta non accessibile, direttamente od indirettamente, al pubblico. Non rientrano in tale esclusione i titolari di biglietti emessi nel quadro di un programma Frequent Flyer o di altri programmi commerciali dei vettori aerei o degli operatori turistici.

Il Regolamento, all'art. 2, specifica la definizione degli elementi chiave della normativa. In primo luogo definisce il vettore aereo e il vettore aereo operativo. Il primo è l'impresa di trasporto aereo munita di valida licenza di esercizio; il secondo è colui che opera concretamente il volo. In tale seconda definizione viene ricompreso anche il cd. vettore di fatto, già oggetto di normativa del diritto internazionale uniforme¹⁰⁷.

Il vettore comunitario è, poi, l'impresa che ha una licenza d'esercizio rilasciata da uno Stato membro, nel rispetto della normativa europea in proposito.¹⁰⁸

Per quanto concerne la definizione di operatore turistico e servizio "tutto compreso" l'art. 2 rinvia alla direttiva 90/314/CEE.

Nella definizione di biglietto, la normativa introduce anche i recenti sviluppi in ordine al biglietto elettronico. Nel biglietto deve essere indicata la destinazione finale del volo. In caso di voli coincidenti, deve essere indicata solo la destinazione dell'ultimo volo, poiché, ai fini della valutazione del ritardo, sarà preso in considerazione l'orario di arrivo complessivo, indipendentemente da quello dei singoli voli intermedi.

Per passeggero con mobilità ridotta, a cui deve essere riservata particolare *favor*, si intende non solo il disabile motorio, ma una persona affetta da qualsiasi *diminutio* delle capacità fisiche e sensoriali, nonché psichiche, sia in ragione dell'età, sia in ragione di qualsivoglia altro fattore.

Infine viene definito il negato imbarco. Difatti, il Reg. 261/CE/2004 non parla più di *overbooking*, ma identifica la fattispecie composta di *overbooking-overselling* nella definizione di *denial of boarding*, inteso come il rifiuto di trasportare passeggeri su un volo, sebbene i medesimi si siano presentati all'imbarco nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 3 comma 2 del medesimo regolamento, fatta salva l'esistenza di

¹⁰⁶ Come si vedrà oltre, tale argomento non è stato affrontato nella revisione ex art. 17

¹⁰⁷ Protocollo di Guatemala, poi inserito nella Convenzione di Montreal, titolo V.

¹⁰⁸ Recente innovazione della disciplina autorizzativa ad opera del regolamento europeo 2111/CE/2005, che ha previsto l'istituzione di una lista di vettore colpiti da divieto di operatività nel territorio comunitario.

ragionevoli motivazioni alla base del diniego, quali motivi di salute, motivi di sicurezza o mancanza degli idonei documenti di viaggio.

L'art. 3 comma 2, infatti, prevede che il regolamento si applichi solo ai passeggeri che dispongono di prenotazione confermata su un determinato volo, e che si siano presentati all'imbarco all'orario indicato nel titolo di viaggio. In mancanza di indicazione, tale termine di presentazione è di quarantacinque minuti prima della partenza pubblicata.

Il regolamento si applica altresì ai passeggeri che siano stati trasferiti da un vettore aereo o da un operatore turistico dal volo per cui possedevano una prenotazione confermata ad un altro volo, indipendentemente dalla motivazione del trasferimento.

Ribadisce, poi, il comma 5 del medesimo articolo che la normativa europea si applica anche al vettore di fatto.

Esclusione specifica è invece dettata per i casi in cui il volo non è effettuato per cancellazione del pacchetto "tutto compreso", che non sia causata dalla cancellazione del volo aereo. Tale fattispecie resta regolata dalla Dir. 90/314/CEE, che, peraltro, non viene pregiudicata dal Regolamento in esame, in ordine ai diritti dei passeggeri in essa stabiliti.

La disciplina in esame regola, da un lato, le modalità di imbarco in caso di sovrapprenotazione del volo, dall'altro i doveri assistenziali del vettore e, infine, gli obblighi risarcitori per l'inadempimento.

In primo luogo, infatti, l'art. 4 prevede che il vettore, nel momento in cui si avvede di non essere in grado di imbarcare tutti i passeggeri presentatisi in orario all'imbarco, faccia appello ai volontari.

Egli deve pertanto chiedere agli utenti se vi sia qualcuno disposto spontaneamente a rinunciare all'imbarco e, pertanto, procrastinare la partenza.

I benefici connessi a codesta rinuncia vengono pattuiti tra passeggero interessato e vettore, fermo restando il diritto all'assistenza, di cui si dirà *ultra*.

Solo nel caso in cui il numero di volontari fosse insufficiente, il vettore potrà ricorrere al diniego "forzoso" di imbarco. Nell'operare l'individuazione dei soggetti esclusi dal volo, il vettore, ai sensi dell'art. 11, dovrà privilegiare l'imbarco dei soggetti con ridotta mobilità.

Al passeggero non imbarcato spetta innanzitutto una compensazione pecuniaria (che, nel caso di passeggero non consenziente, deve essere versata immediatamente),

determinata in base alla lunghezza del volo e all'eventuale immediata riprotezione su altro aeromobile.

La compensazione, infatti, è di € 250, per tratte inferiori o pari a 1.500 chilometri; € 400, per tratte intracomunitarie superiori a 1.500 chilometri o extra-comunitarie comprese tra 1.500 e 3.500 chilometri; € 600 per tutte le altre tratte. La distanza, ai fini della compensazione, è calcolata sull'ultima destinazione per la quale il passeggero subisce ritardo all'arrivo rispetto all'orario previsto.

Accanto alla compensazione, è dovuta una prima forma di assistenza, prevista dall'art. 8, costituita da un'offerta, a scelta, tra:

- il rimborso, entro sette giorni, del prezzo d'acquisto del biglietto per l'intero viaggio, o, se si è usufruito di parte del viaggio, della porzione non effettuata o, comunque, dell'intero viaggio, se la porzione effettuata è priva di utilità rispetto al programma di viaggio iniziale. In aggiunta, in tal caso il vettore dovrà fornire un volo di ritorno verso il punto di partenza iniziale, non appena possibile;
- l'imbarco su un volo alternativo verso la destinazione finale, in condizioni di trasporto comparabili, non appena possibile. In questo caso, ai sensi dell'art. 7 comma 2, la compensazione può essere ridotta del 50% se la riprotezione avviene in modo tale da consentire l'arrivo alla destinazione finale con un ritardo non superiore: alle due ore, per le tratte fino a 1.500 chilometri, alle tre ore, per le tratte intracomunitarie superiori a 1.500 chilometri o extra-comunitarie comprese tra 1.500 e 3.500 chilometri; alle quattro ore per tutte le altre tratte;
- l'imbarco su un volo alternativo verso la destinazione finale, in condizioni di trasporto comparabili, ad una data successiva a scelta del viaggiatore, nei limiti delle disponibilità del vettore.

Qualora la riprotezione preveda l'atterraggio in aeroporto diverso da quello del programma di viaggio originario, il vettore provvede a proprie spese al trasferimento all'aeroporto originariamente previsto, o ad altro luogo vicino, indicato dal viaggiatore.

La compensazione e il rimborso possono essere pagati in contanti, con bonifico bancario, con assegni o versamenti bancari o, se c'è l'accordo con il passeggero, con buoni di viaggio o di altri servizi, per un valore corrispondente.

Il diritto al rimborso del prezzo del biglietto viene meno, per il passeggero che ha acquistato il trasporto nell'ambito di un pacchetto turistico "tutto compreso", solo se il medesimo ha diritto a rimborso in base alla normativa specifica della citata direttiva 90/314/CEE.

Altra forma di assistenza immediata, cui il passeggero a cui è rifiutato l'imbarco ha diritto è quella di fornitura di pasti e bevande, in relazione alla durata dell'attesa, e effettuazione, a titolo gratuito, di due telefonate, o invii di fax o e-mail. Inoltre, se la durata dell'attesa lo richiede, il passeggero ha diritto al trasporto e alla sistemazione in albergo.

Al passeggero che si è offerto volontario per non essere imbarcato non viene offerta né questa ultima forma di assistenza, né la compensazione ai sensi dell'art. 7, avendo egli regolato in via pattizia la concessione di benefici in cambio della sua rinuncia al volo. Tuttavia, il vettore gli deve garantire l'assistenza prevista dall'art. 8.

La normativa prevede, inoltre, il caso di una riprotezione su volo di classe di comfort diversa da quella originariamente acquistata. Se la classe è superiore, il vettore non potrà pretendere alcunchè. Se, invece, la classe è inferiore, il vettore dovrà rimborsare il 30% o 50% o 75% del biglietto, a seconda della lunghezza della tratta di viaggio.

Sia la compensazione sia l'assistenza non escludono in alcun modo il diritto del passeggero a pretendere un risarcimento supplementare (con esclusione per i passeggeri che si sono offerti volontari, fatta salva una diversa previsione del diritto interno), alla cui misura può essere sottratto quanto già versato dal vettore a titolo di compensazione.

Il regolamento pone poi a carico del vettore un duplice obbligo informativo: innanzitutto, nella zona di registrazione dei passeggeri deve essere affisso, chiaro e leggibile, un avviso contenente il seguente testo: "In caso di negato imbarco o di volo cancellato o ritardato di almeno due ore, rivolgersi al banco di accettazione o alla porta d'imbarco per ottenere il testo che enumera i diritti del passeggero, in particolare in materia di compensazione pecuniaria e di assistenza".

In secondo luogo, il vettore, in caso effettiva negazione di imbarco o cancellazione del volo, consegna a tutti i passeggeri interessati un avviso contenente le regole del

regolamento in esame. Il medesimo avviso deve essere fornito in caso di ritardo maggiore di due ore.

Entrambi gli avvisi devono essere predisposti anche per gli ipovedenti e i non vedenti, con gli appositi strumenti tecnici.

In caso di cancellazione del volo, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento, il passeggero ha diritto alla medesima compensazione ed assistenza dovute in caso di negato imbarco.

La compensazione pecuniaria è però esclusa in due casi: quando il passeggero è stato avvisato con preavviso e, in alcuni casi, riprotetto, oppure quando “la cancellazione del volo è dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso”.¹⁰⁹ L'onere della prova circa l'effettivo verificarsi di tali circostanze grava sul vettore.

In caso di preavviso nell'informazione della cancellazione, essa è idonea da sola ad escludere il diritto alla compensazione, se viene fornito entro almeno due settimane antecedenti il volo. In caso di preavviso superiore a sette giorni, ma inferiore alle due settimane, invece, per ottenere l'esonero dalla compensazione ex art. 7 il vettore dovrà assicurare la riprotezione su un volo, che non parta con anticipo maggiore di due ore rispetto al volo originariamente prenotato e che complessivamente non importi un ritardo all'arrivo superiore alle quattro ore.¹¹⁰ Tempi di riprotezione che si dimezzano, se il preavviso è stato inferiore ai sette giorni.

La norma pone poi, a carico del vettore, un ulteriore obbligo informativo, disponendo che: “insieme alla cancellazione del volo, i passeggeri sono informati delle eventuali alternative di trasporto possibili”.¹¹¹

Per quanto riguarda il ritardo, il Regolamento in esame disciplina unicamente il diritto all'assistenza, in caso di ritardo di 2, 3 o 4 ore, a seconda della lunghezza della tratta aerea in questione, ed il diritto alla risoluzione del contratto, con le modalità dell'art. 8 del Reg. 261/04, in caso di ritardo superiore alle 5 ore. Il ritardo *de quo* è solo quello alla partenza.

¹⁰⁹ Art. 5 comma 3 Reg. 261/04

¹¹⁰ È l'unico caso in cui il Reg. si occupa non solo del ritardo alla partenza, ma anche di quello all'arrivo, altrimenti mai nominato nella disposizione specifica sul ritardo, che si profila unicamente come ritardo alla partenza.

¹¹¹ Art. 5 comma 2 Reg. 261/04/CE.

L'eventuale risoluzione del contratto dà diritto, oltre alla restituzione del prezzo del biglietto, o della parte di biglietto relativa ai segmenti di volo non effettuati, anche ad un eventuale volo che riporti il passeggero al punto di partenza iniziale.

Tutti gli obblighi previsti dal regolamento in esame sono inderogabili, né il passeggero può rinunciare a taluno dei diritti derivanti da codesta normativa.

Anzi, il passeggero contro cui sia stata utilizzata una clausola derogatoria o che, a causa di omessa od erronea informazione sui propri diritti, abbia accettato una compensazione inferiore a quella normativamente prevista, ha diritto ad avviare azione di integrazione della compensazione. Detta azione, secondo le regole del diritto nazionale, può essere proposta sia in via giudiziaria, sia in via arbitrale o conciliativa, dinanzi ad un organo competente.

All'art. 16, infine, il Regolamento prevede che ciascuno Stato individui un organismo a cui i passeggeri possono rivolge i propri reclami, per la mancata applicazione da parte del vettore della normativa in esame, e che provveda ad irrogare le sanzioni che ciascuno Stato membro riterrà di stabilire, in ossequio ai principi di effettività e proporzionalità, e tenendo presente lo scopo dissuasivo delle medesime¹¹².

Attualmente, ai sensi dell'art. 17, è in corso, ad opera del Parlamento europeo e su relazione della Commissione, la verifica dell'incisività del regolamento, dell'opportunità di un'estensione del suo ambito applicativo, ed una revisione degli importi delle compensazioni.

La disciplina prevista dal presente Regolamento si applica non solo ai voli che rientrano nell'ambito definito dall'art. 3, ma anche a tutti quei voli che prevedono l'applicazione della normativa interna italiana, in base alle norme di conflitto del diritto internazionale privato, atteso che l'art. 947 cod. nav. effettua un esplicito rinvio a tutta la normativa comunitaria.

a. Le innovazioni introdotte dal regolamento 261/CE/2004, rispetto al precedente regolamento sull'overbooking 295/CE/1991.

Sino all'entrata in vigore del regolamento testè analizzato, avvenuta il 28 giugno 2004, la materia dell'*overbooking* era disciplinata del Reg. 295/CE/1991.

¹¹² Per la trattazione del sistema sanzionatorio in Italia, dell'istituzione dell'ENAC e del suo ruolo, si rimanda al relativo capitolo.

Le innovazioni introdotte dalla nuova disciplina sono di non poco conto e forniscono la dimensione del rinnovato impegno europeo, alla luce della tutela del passeggero-consumatore¹¹³.

Il raffronto analitico tra la disciplina prevista dal Regolamento 295/91 e la nuova disciplina del Regolamento 261/04 evidenzia una serie di novità legislative, tese al rafforzamento della protezione del passeggero e basate su un più forte giudizio di disvalore della pratica dell'*overbooking*.

Ciò si evince sin dalla lettura dei *considerata*. Difatti, nel precedente regolamento si erano sottolineati gli obiettivi di: armonizzazione delle prassi di compensazione già esistenti convenzionalmente, e tra loro molto difformi, ed individuazione di un nucleo minimo di tutela del passeggero. Tale tutela veniva però utilizzata in funzione di regolazione del mercato, come strumento di mantenimento della qualità del servizio all'interno di un sistema concorrenziale ed in un contesto di sempre maggiore concorrenza.

Nel Regolamento 261/04, invece, obiettivo preponderante è quello dell'elevato livello di protezione del passeggero, con particolare riguardo alle esigenze del consumatore in generale, e della dissuasione dal ricorso alla pratica dell'*overbooking*.

Alla luce di tali principali scopi vengono quindi proposti gli elementi di innovazione del Regolamento, quali l'estensione dell'ambito di applicazione, la normativizzazione delle procedure di gestione dell'*overbooking*, gli obblighi informativi e l'introduzione di un sistema sanzionatorio, onde ostacolare l'inottemperanza alle norme della nuova disciplina.

Ictu oculi, nella lettura dei *considerata*, si osserva come nel primo regolamento l'*overbooking* sembra quasi valutato come una pratica commerciale lecita, necessitata dalla particolare natura del trasporto aereo. Da qui, un ruolo meramente compensativo della normativa, volta non a sanzionare e dissuadere da tale comportamento ma, piuttosto, a riequilibrare il rapporto attraverso forme di indennizzo e/o voli sostitutivi.

¹¹³ Cfr il già citato TULLIO L., *overbooking, cancellazione e ritardi*; DEIANA M., *Riflessioni sulla sovrapprenotazione nel trasporto aereo*; GAGGIA A., *Osservazioni sulle novità introdotte dal Reg. 261/CE/04 in tema di ritardo nel trasporto aereo di persone*, tutti in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, ISDIT, Cagliari, 2005

Nel nuovo Regolamento, invece, tende a delinearsi una nuova concezione, volta a considerare l'*overbooking* come una pratica scorretta, una forma, quasi, di illecito civile, da cui far discendere un vero e proprio dovere risarcitorio.

Tuttavia, neppure in tale testo sembra esserci una netta presa di posizione, in ordine alla natura dell'*overbooking*, atteso che lo stesso non è, di per sé, né vietato né sanzionato, ma, piuttosto, imbrigliato in procedure e doveri di compensazione ed assistenza, volti, in qualche modo, a far sì che il fenomeno venga contenuto e, possibilmente, diminuito.

Tanto più che, come osservato in dottrina, le forme di tutela proposte sono sempre e comunque *ex post* e, preminentemente, di natura indennitaria, mentre non esiste, in effetti, un vero e proprio sistema dissuasivo *ex ante*.

Proseguendo nell'analisi/confronto dei due testi normativi – il Regolamento del 91 e il nuovo 261/04 -, si rileva una prima innovazione nell'oggetto stesso della normativa.

Il Reg. 261/04, infatti, non disciplina più solo la fattispecie dell'*overbooking* (o “negato imbarco”) ma, anche, la “cancellazione del volo” e il “ritardo”, che non abbia avuto causa in una delle due precedenti fattispecie.

Inoltre, sono oggetto della nuova disciplina non soltanto i voli di linea (come nel Reg. 295/91) ma tutti i voli, compresi i *charter*.

Anche l'ambito di applicazione è stato notevolmente esteso: oltre ai voli in partenza da un paese di uno stato membro, godono dell'applicazione della nuova normativa anche i voli in arrivo in un paese membro, purchè effettuati da un vettore comunitario o acquistati nell'ambito di un pacchetto turistico “tutto compreso” a cui si applichi la Direttiva 90/314/CEE.

Inoltre, godono dei benefici anche i passeggeri che hanno ricevuto il biglietto nell'ambito di programmi *frequent flyer*.

Ulteriore rafforzamento della tutela del passeggero si riceve dalla normativizzazione della procedura di gestione dell'imbarco in caso di sovrapprenotazione.

Diviene infatti obbligatorio – e non più solo raccomandato – il ricorso preventivo all'appello ai volontari e la precedenza a disabili e bambini non accompagnati.

Obblighi, questi, per cui si richiede che ciascun stato membro preveda una sanzione in caso di inottemperanza; allo stesso modo è richiesta la sanzione per la

mancata osservanza degli obblighi informativi che, però, non subiscono variazioni rispetto alla precedente normativa.

La previsione stessa di un sistema sanzionatorio è, come già detto, altro carattere di novità del Reg. 261/04 che, sul punto, ha necessitato dell'attuazione del legislatore nazionale.

Attuazione operata con il D.Lgs 69/06 e completata dalla circolare ENAC APT-23, di cui si dirà oltre.

Entrando nel merito dei “rimedi” agli eventi di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo: se da un lato gli ultimi due sono neo-introdotti, d'altro canto anche il sistema compensativo del primo subisce dei mutamenti, attraverso l'aumento di tutti gli importi di indennizzo e il rafforzamento degli obblighi di assistenza.

Per tutte e tre le fattispecie, per altro, viene fatto salvo il diritto al risarcimento del danno ulteriore.

Ulteriore elemento di novità, nel nuovo Regolamento, è la specifica previsione, all'art. 15, del principio di irrinunciabilità dei diritti del passeggero. A tale statuizione, però, non fa seguito una declaratoria di nullità delle eventuali rinunce, ma solo la possibilità, per il passeggero, di ricorrere all'Autorità giurisdizionale o agli organi competenti (qualora possibile) per ottenere l'integrazione della compensazione.

Infine, subiscono una variazione i rapporti tra vettore aereo e venditore/organizzatore di pacchetto turistico. Con l'art. 5 del Reg. 295/91, infatti, in caso di applicabilità della DIR 90/314/CEE, il vettore era sempre tenuto a versare un rimborso all'organizzatore/venditore del viaggio, che aveva l'obbligo di girarlo al turista. Con il nuovo regolamento la disposizione viene cancellata e, in suo luogo, vi è la previsione di una sorta di reciproco diritto di regresso tra i due soggetti, pur se il regresso del vettore sul tour operator parrebbe, in realtà, misura eventuale.

Particolarmente rafforzato dal recente Reg. 261/04 appare il ruolo degli organismi preposti alla vigilanza sul trasporto aereo civile.

Tali organismi, per nulla menzionati nel precedente regolamento, infatti rivestono ora un ruolo di interfaccia con il passeggero (che a loro può presentare i reclami) e di vigilanza effettiva, con potere sanzionatorio, sui comportamenti delle compagnie aeree.

b. La Sentenza della Corte di Giustizia del 10.01.06 a conferma della legittimità del Regolamento.

Il Regolamento 261/CE/2004, e prima di lui il 295/CEE/1991, hanno sostituito gli schemi di indennizzo formulati dalle Compagnie aeree su base volontaristica, ed inseriti, usualmente, tra le condizioni generali di contratto.

Tali schemi, predisposti dalla IATA, avevano avuto ampia applicazione nel corso degli anni '80,¹¹⁴ salvo divenire poi insufficiente ad assicurare al passeggero una adeguata protezione, e a spingere il Consiglio europeo a legiferare in materia, in modo imperativo.

Il recente Regolamento, ancora più rigido nella normazione della fattispecie di negato imbarco, oltre che di ambito applicativo più esteso, è stato osteggiato dalla IATA, sin dalla fase di redazione.

All'indomani dell'entrata in vigore del Regolamento, la IATA e la ELFAA hanno proposto due ricorsi innanzi alla High Court of Justice, Queen's Bench Division, aventi ad oggetto un controllo di legittimità delle norme di attuazione del regolamento.

La Corte ha sottoposto alla Corte di Giustizia le sette questioni sollevate dai ricorrenti, oltre alla questione in ordine ai criteri di valutazione della necessità del deferimento alla Corte di Giustizia delle questioni inerenti la validità di un atto comunitario.

Le questioni sollevate dai ricorrenti, e deferite alla Corte di Giustizia, vertevano sui seguenti capi:

- validità dell'art. 6 del Regolamento 261/04¹¹⁵ alla luce del suo contrasto con la Convenzione di Montreal, artt. 19-22-29, e possibilità che codesta invalidità infici l'intero regolamento. Deducono, infatti, le ricorrenti che l'articolo in esame non prevede la possibilità, per il vettore, di limitare od escludere la propria responsabilità, in caso di circostanze eccezionali che non si sono o sarebbero potute evitare neppure predisponendo le misure idonee, secondo la normale diligenza;

¹¹⁴ GIRARDI P., *Riflessi giuridici...*, cit., pagg.174 ss. e, del medesimo A., *Recenti sviluppi della regolamentazione dell'overbooking ed applicazione degli schemi di indennizzo per mancato imbarco*, in *Dir. Trasp.*, II/92

¹¹⁵ all'art. 6 è rubricato il ritardo aereo.

- sull'invalidità della procedura di emendamento, in sede di approvazione, dell'art. 5 del regolamento, con conseguente invalidità dell'articolo medesimo, e con possibilità che codesta invalidità infici l'intero regolamento;
- sull'invalidità degli artt. 4 e 5 del regolamento, per contrasto con il principio di certezza del diritto, e possibilità che codesta invalidità infici l'intero regolamento;
- sull'invalidità degli artt. 5 e 6 del regolamento, perché non sostenuti da alcuna adeguata motivazione, e possibilità che codesta invalidità infici l'intero regolamento;
- invalidità degli artt. 5 e 6 per contrasto con il principio di proporzionalità, e possibilità che codesta invalidità infici l'intero regolamento;
- invalidità degli artt. 5 e 6, perché immotivatamente discriminanti gli appartenenti alla ELFAA, e possibilità che codesta invalidità infici l'intero regolamento;
- nullità/ invalidità dell'art.7 nella parte in cui prevede che, in caso di cancellazione del volo, sia imposta una responsabilità in cifra fissa, senza alcuna rilevanza in ordine alle ragioni della cancellazione, e anche qualora le stesse non rientrino nelle limitazioni di responsabilità per circostanze eccezionali, essendo tale previsione discriminatoria, non proporzionale ed immotivata, e possibilità che codesta invalidità infici l'intero regolamento;
- esistenza di limiti o presupposti che il giudice nazionale deve osservare nel decidere, ai sensi dell'art. 234 comma 2 Trattato CE, se sottoporre questioni di validità dell'atto comunitario alla Corte di Giustizia.

La Corte con la citata sentenza 10.01.06, C-344/04, risolve, in via pregiudiziale, la prima questione, circa la deferibilità delle questioni di validità alla Corte di Giustizia.

Sul punto, i giudici europei sostengono che l'unico criterio per valutare la deferibilità è nel giudizio di fondatezza della questione, che è riservato al giudice nazionale. Pertanto, se il giudice nazionale ritiene priva di *fumus* la questione di validità sollevata da una parte processuale, può respingerla senza necessità di ricorrere alla Corte comunitaria; qualora invece ritenga che l'eccezione abbia fondamento, deve rimettere il giudizio alla Corte di Giustizia, motivando il rinvio.

Risolta la questione pregiudiziale, la Corte analizza tutte le eccezioni e conferma, *in toto*, la validità del Regolamento 261/CE/2004.

Nella specie, in ordine alla prima eccezione, il giudicante osserva che non è possibile ritenere l'art. 6 del regolamento in contrasto con la previsione degli artt. 19 e 22 della Convenzione, che stabiliscono la possibilità esclusione e limitazione della responsabilità, in quanto i danni da ritardo trattati dal diritto uniforme sono diversi da quelli disciplinati dal regolamento, con le proprie disposizioni circa l'assistenza del passeggero. Nel primo caso, si parla di danni individuali, in relazione al personale motivo del viaggio; nel regolamento ci si occupa di danni standard che colpiscono indifferentemente tutti i passeggeri, fatto salvo il diritto al risarcimento di danni ulteriori, di natura individuale, che verrà azionato secondo i dettami della Convenzione di Montreal 99.

In ordine poi alle eccezioni variamente sollevate sulla validità degli articoli 5,6 e 7 per mancanza di motivazione e violazione del principio della certezza del diritto, la Corte conferma la validità dell'atto normativo, chiarendo sia cosa debba intendersi per motivazione dell'atto, sia quale sia il corretto sistema interpretativo del testo normativo, in relazione ai propri *consideranda*.

Quando il Trattato parla di motivazione dell'atto normativo, intende che venga esplicitato lo scopo perseguito dal medesimo, senza necessità di suffragare ogni singola scelta tecnica contenuta nel testo normativo.

L'obiettivo del regolamento è chiaramente esplicitato dai *consideranda* uno, due, dodici, tredici e diciassette, oltre ad emergere con chiarezza dal complesso normativo medesimo.

Per quanto concerne poi una ambiguità del diritto, cagionata da una dicotomia tra il *considerandum* 15 e il testo dell'art. 5 e 6, la Corte rileva che, innanzitutto, “*siffatta ambiguità non è tale da rendere incoerente il dispositivo redatto sulla base di questi due articoli che, quanto ad essi, sono privi di ambiguità*”; in secondo luogo “*se il preambolo di un atto comunitario è idoneo a precisare il contenuto di esso, non può essere fatto valere per derogare alle disposizioni stesse dell'atto di cui trattasi*”.

Circa l'eccezione in ordine al mancato rispetto rispetto del principio di proporzionalità, in merito al quale le ricorrenti deducono: l'inidoneità della strumento normativo a raggiungere l'obiettivo di far diminuire il ricorso alle fattispecie, oggetto della normativa, e la sproporzionalità dei costi delle misure di compensazione ed assistenza, rispetto al prezzo del biglietto, la Corte nuovamente rigetta gli assunti attorei.

Obiettivo immediato del regolamento è, come già più volte ricordato, accrescere la tutela dei passeggeri vittime di cancellazioni di volo, ritardi e dinieghi di imbarco. Al di là degli eventuali obiettivi secondari – di dissuasione dei vettori rispetto all'utilizzo di tali pratiche – il regolamento fornisce questa tutela, intervenendo immediatamente in modo da ridurre il danno e soddisfare i bisogni immediati del viaggiatore (in specie con le previsioni in ordine all'assistenza).

Proporzionato, pertanto, appare il testo normativo, senza che possa in alcun modo rilevare – come proposto dalla ELFAA, che migliore soluzione sarebbe stata la previsione di stipulazioni di assicurazione da parte dei passeggeri, per coprire i rischi degli inadempimenti o inesatti adempimenti dei vettori.

Né alcuna rilevanza può essere data al costo del biglietto, atteso che il regolamento non presenta alcun nesso con tale aspetto.

Né, come sostiene l'ELFAA, le politiche di prezzo dei vettori *low fare* può giustificare un diverso trattamento rispetto alle altre compagnie aeree atteso che, per il principio di eguaglianza, tutti vettori aerei devono sottostare alla medesima disciplina e, soprattutto, osservato che i danni subiti dai passeggeri colpiti da diniego di imbarco, ritardo e cancellazione del volo non hanno alcun rapporto con le politiche di prezzo praticate dai vettori.

I rimedi previsti dal regolamento, infatti, non sono e non devono essere commisurati sui costi che il vettore sopporterà, ma sul disagio che il passeggero sopporta, e che non è suscettibile di diminuire in modo proporzionale al prezzo corrisposto per il trasporto.¹¹⁶

Così decidendo, la Corte ha confermato la validità del Regolamento su esposto, attualmente vigente ed attualmente al vaglio del Parlamento europeo per una estensione dell'ambito applicativo e revisione dei importi risarcitori, come previsto dall'art. 17 del Regolamento medesimo.

c. La revisione del regolamento ai sensi dell'art. 17

In data 04.04.07 la Commissione Europea, con la COM/2007/168 al Parlamento ed al Consiglio Europeo, ha presentato le risultanze della propria verifica sull'applicazione, gli effetti e la necessità di modificazioni del Regolamento 261/2004/CE, in materia di

¹¹⁶ Su questo punto e, in generale, per una analisi della sentenza in oggetto, cfr. LOPEZ DE GONZALO, nota alla sentenza Corte Giustizia 10.01.06, in *Diritto del turismo*, n.2/06

protezione del passeggero aereo nel caso di diniego d'imbarco, cancellazione del volo e ritardo, a norma dell'art. 17 del Regolamento medesimo.¹¹⁷

La comunicazione dà atto di un lavoro svolto sulla base di dati raccolti nell'arco temporale 2003/2006, onde poter confrontare l'incidenza dei dinieghi d'imbarco, cancellazioni del volo e ritardi, prima e dopo l'entrata in vigore del Regolamento. Ciò al fine di verificare, in primo luogo, se il Regolamento abbia avuto un effetto deterrente¹¹⁸ dall'impiego di quelle determinate pratiche commerciali¹¹⁹ e, in un secondo momento, se e fino a che punto la normativa europea in materia sia stata rispettata dai vettori aerei e, infine, se e con quali modalità gli Stati membri abbiano previsto la possibilità di un intervento cogente e sanzionatorio degli Organismi Nazionali responsabili dell'Applicazione (ONA).

L'analisi, affidata ad un consulente esterno¹²⁰, a garanzia di maggiore obiettività, si è scontrata da subito contro due ostacoli idonei ad alterare la veridicità statistica delle risultanze: in primo luogo, i dati forniti dagli ONA sono carenti proprio sotto il profilo statistico. Essi infatti, tenendo conto solo delle segnalazioni/reclami effettivamente sporti dai passeggeri, non danno contezza di tutta una serie di eventuali disservizi o infrazioni commesse dai vettori e di cui nessuna delle "parti lese" ha avuto interesse a riferire.

¹¹⁷ L'art. 17 del Reg. 261/04/CE dispone: "La Commissione riferisce al Parlamento Europeo e al Consiglio entro il 1° gennaio 2007 in merito al funzionamento e agli effetti del presente regolamento, in particolare per quanto concerne: l'incidenza del negato imbarco e della cancellazione dei voli, l'eventuale estensione dell'ambito di applicazione del presente regolamento ai passeggeri che hanno stipulato un contratto con un vettore comunitario o titolari di una prenotazione di volo che fa parte di un circuito <tutto compreso> cui si applica la direttiva 90/314/CEE e che partono da un aeroporto di un paese terzo verso un aeroporto di uno stato membro, con voli non operati da vettori aerei comunitari, l'eventuale revisione degli importi delle compensazioni pecuniarie di cui all'art. 7 paragrafo 1. Se del caso la relazione è accompagnata da proposte legislative."

¹¹⁸ Lo scopo deterrente della normativa si ravvisa nel considerando n.3, in cui si afferma che, nonostante la normativa in essere (Reg. 295/91/CEE) "il numero di persone non consenzienti cui viene negato l'imbarco continua ad essere eccessivamente elevato"

¹¹⁹ Tali pratiche non vengono configurate, né dalla norma né dalla comunicazione in esame, come degli illeciti da sanzionare, ma come dei comportamenti da "compensare", per riequilibrare lo squilibrio contrattuale tra le parti. Difatti, accanto all'intento deterrente non si pone una sanzione ma una compensazione. Per una riflessione sul punto si veda MAGGIOLO M, *overbooking, ritardo e cancellazione del volo: contratto, compensazione, responsabilità* in atti del Convegno "Trasporto aereo e tutela del passeggero nella prospettiva europea, Sassari 15-16.04.05. Ciò non toglie che, al di là delle peculiarità del linguaggio del legislatore comunitario, chiamato all'uso di categorie e linguaggio giuridico transnazionali, la dottrina nazionale maggioritaria qualifica queste pratiche, ed in specie quella del negato imbarco, come forme di inadempimento contrattuale e, quindi, illeciti contrattuali. Per un confronto tra le due posizioni si veda GIORDO A., *Riflessioni giuseconomiche intorno al reg. CE n. 261/2004*, in *Dir. Turismo*, n.1/07, pag. 12 ss., Ipsoa, Milano

¹²⁰ L'incarico è stato assegnato alla Società Steer Davies Gleave di Londra.

Ciò significa che i dinieghi d'imbarco, le cancellazioni ed i ritardi noti agli ONA sono molto probabilmente inferiori a quelli effettivamente verificatesi, ed in una percentuale che non è possibile né conoscere, né valutare¹²¹.

Al contrario, i dati in possesso delle compagnie aeree avrebbero avuto, sotto tale profilo, maggiore valenza. Tuttavia – ed in questo è consistito il secondo ostacolo nell'analisi valutativa del regolamento – i vettori aerei sono stati, per la maggior parte, reticenti alla comunicazione dei loro dati.¹²²

Se il problema statistico è stato superato, per quanto concerne i ritardi, attraverso l'utilizzo dei dati dell'Eurocontrol¹²³, per l'analisi delle altre due fattispecie le lacune sono state colmate attraverso le ulteriori fasi di istruttoria, consistite in: analisi dei voli, esame degli aspetti giuridici e, in particolare, consultazioni con tutte le parti in causa, comprese le associazioni dei consumatori e le federazioni dei passeggeri¹²⁴.

Le difficoltà statistiche e il relativamente breve periodo di applicazione del regolamento hanno però spinto la Commissione a compiere, più che una valutazione quantitativa, un'analisi qualitativa, inerente il livello di protezione del passeggero nella vigenza della regolamentazione in esame¹²⁵.

Tale lavoro ha messo in luce due distinte categorie di problematiche: innanzitutto, ha evidenziato delle ambiguità e lacune nel dettato normativo, tali da creare delle aree di

¹²¹ § 4.1.3 COM(2007)0168: “pur non essendo rappresentativi dal punto di vista statistico, i dati su tali denunce danno un'idea del comportamento delle compagnie aeree.”

¹²² §4.1.1 COM(2007)0168: “Non esistono statistiche pubblicate sul negato imbarco e sulla sistemazione dei passeggeri in una classe inferiore da parte delle compagnie aeree europee. Malgrado la richiesta di fornire dati al riguardo, tutti i vettori aerei, tranne due, si sono rifiutati di farlo, dichiarando che questo aspetto rientra nella strategia commerciale delle singole aziende” Ed ancora, al § 4.1.2.: “Va aggiunto che i dati più comparabili sulle cancellazioni sono forniti dalle compagnie aeree attraverso le loro associazioni, ma non esiste una fonte indipendente di assoluta autorevolezza” Fatto questo che non stupisce, se si pensa a come le associazioni dei vettori aerei abbiano osteggiato il regolamento *de quo*, anche in via giudiziale, attraverso la sua impugnazione innanzi alla High Court of Justice of England and Wales, che ha poi adito la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che ha invece rigettato tutti i motivi di ricorso. Per una disamina della sentenza si veda LOPEZ DE GONZALO M., *I giudici comunitari confermano il nuovo regolamento overbooking*, in *Dir. Turismo*, n.2/06, pag.154 ss. Ipsoa, Milano, ma anche POZZI C., *La nuova disciplina dell'overbooking nel regolamento n.261/2004 e nell'interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Resp. civ. e prev.*, n.07-08/06, pag. 1353 ss..

¹²³ Eurocontrol pubblica a intervalli regolari informazioni sui ritardi e sulle loro principali cause. I dati sono visionabili su www.eurocontrol.int/eCoda/portal. Inoltre, l'aggregazione statistica dei dati posti alla base della comunicazione *de quo* è disponibile nel Commission Staff Working Document, allegato alla comunicazione medesima.

¹²⁴ I dati dell'Eurocontrol sono inoltre stati confrontati con quelli raccolti e pubblicati nel novembre 2006 dall'European Consumer Centres Network, nella sua relazione sui reclami in materia di diritti del passeggero nell'anno 2005, disponibile su www.eccdublin.ie/publications/reports/ecc_reports.

¹²⁵ §4.1.4 COM(2007)0168: “Dato che il reg. 261/2004/CE è in vigore soltanto da due anni, è difficile valutare se abbia avuto un effetto quantitativo (...) tale conclusione non significa necessariamente che la situazione per i passeggeri non sia migliorata a livello qualitativo (...)”

non tutela o, comunque, un'ambiguità normativa tale da dare adito ad interpretazioni idonee, in alcuni casi, ad arginare od escludere la responsabilità del vettore aereo o l'applicazione del regolamento; in secondo luogo ha sottolineato le carenze applicative del regolamento, connesse ai poteri degli ONA e all'effettiva concreta applicazione della normativa da parte dei vettori, a partire dal rispetto degli obblighi informativi.

Il primo aspetto focalizzato è stato, indubbiamente, quello legato al negato imbarco. Dall'analisi effettuata emerge come i casi di negato imbarco dovuti alla pratica commerciale dell'*overbooking* non siano affatto diminuiti, ma vengano risolti con rapidità. Ciò in forza dell'esistenza di un regolamento a tutela del passeggero sin dal 1991¹²⁶. Ed invero, mentre le disposizioni di tale regolamento sono ormai entrate nel *modus operandi* dei singoli vettori, e sono diventate, alle volte, condizioni generali di contratto, utilizzate quindi anche al di fuori dell'ambito di applicazione della normativa europea, le innovazioni introdotte con il reg. 261/2004/CE non sono ancora pienamente implementate.

In particolare, non sempre e non tutti i vettori hanno acquisito la procedura di richiesta dei volontari, prima di negare l'imbarco in modo unilaterale agli ultimi passeggeri del check-in.

Ma ancora, ed aspetto ben più rilevante, se si risolve con molta rapidità il caso di negato imbarco da *overbooking*, lo stesso non può dirsi per i casi cd. complessi¹²⁷, quali, ad esempio, quelli legati alla perdita di coincidenze tra i voli. In tal situazione il negato imbarco è comunque dipendente unicamente dal vettore, e non dall'incolpevole passeggero, ma le compagnie aeree, nel silenzio del regolamento sul punto, tendono a qualificare giuridicamente in altro modo la fattispecie, classificandola come ritardo e sfuggendo così agli obblighi di cui all'art. 7 del Regolamento medesimo¹²⁸.

¹²⁶ Per una disamina della disciplina del Reg. 295/91/CEE e degli schemi di compensazione elaborati contrattualmente dalle compagnie aeree si veda BUSTI S., *La responsabilità del vettore aereo per overbooking*, in *Dir. Trasp.*, 1993, pag.313 ss.; GIRARDI P., *Recenti sviluppi della regolamentazione dell'overbooking ed applicazione degli schemi di indennizzo per mancato imbarco*, in *Dir. Trasp.*, 1992, pag. 413 ss; GIRARDI P., *Riflessi giuridici dell'overbooking nel trasporto aereo di linea*, in *Dir. Trasp.*, 1988, pag. 169ss.

¹²⁷ Il reg. 295/91/CEE specificamente poneva tra gli elementi della fattispecie del negato imbarco la sovrapprenotazione dell'aeromobile. Cfr sul punto TULLIO L., *overbooking o ritardo*, in *Dir. Trasp.*, 2001, pag. 185 ss. Vedi anche POZZI C., *La nuova disciplina dell'overbooking...*, *cit.*. Un tale riferimento scompare nella nuova formulazione della definizione di diniego d'imbarco, all'art. 2 Reg. 261/04/CE

¹²⁸ Il ritardo, nel reg. 261/04/CE, non riceve neppure una definizione ma, dalla struttura della norma di cui all'art. 6, appare chiaramente come un "ritardo alla partenza". Il ritardo all'arrivo, invece, compare nel regolamento in relazione alla cancellazione del volo, all'art. 5, come elemento di alcune cause di esonero della responsabilità, in relazione alla predisposizione di voli sostitutivi e al preventivo avviso dell'imminente cancellazione. Per una disamina sulla nozione di ritardo nel sistema di Montreal –

Altro problema di qualificazione della fattispecie, connesso ad un silenzio della norma sul punto, è quello che involge il *discrimen* tra ritardo e cancellazione del volo¹²⁹.

E difatti, le compagnie aeree classificano tutto tendenzialmente come ritardo¹³⁰, proprio per sfuggire alle forme di compensazione forfettaria di cui al citato art.7, e ciò anche quando si parla di ritardi di oltre 24 ore, in cui, più logicamente, si dovrebbe parlare di cancellazione del volo¹³¹.

Dai lavori preparatori alla comunicazione emerge che il numero di ritardi dal 2003 ad oggi si è incrementato, e la riflessione induce a ritenere che ciò sia dovuto non solo e non tanto a problemi di organizzazione aeroportuale o di aumento del traffico aereo e, quindi, del numero di voli giornalieri; ma che dipenda anche dalla su analizzata tendenza dei vettori a qualificare tutto come ritardo, sfruttando forse un vuoto normativo del regolamento, laddove nulla dispone a titolo di compensazione per l'attesa prolungata, limitandosi ad estendere a tale fattispecie unicamente le norme relative all'assistenza.

Tuttavia la comunicazione nulla dice su tale punto, limitandosi a fotografare l'esistente. Ulteriore problematica afferente carenze e/o ambiguità del regolamento viene poi individuata nella mancata definizione od elencazione tassativa delle cause di esclusione della responsabilità in caso di cancellazione del volo.

Ed invero, a mente dell'art. 5 c.3 Reg 261/2004/CE, il vettore non è tenuto al pagamento di alcuna compensazione, se dimostra che la cancellazione del volo è stata causata da circostanze eccezionali, di tal che, anche con un comportamento informato alla diligenza professionale, non si sarebbe potuta evitare.

Il considerando 14, poi, elenca a titolo esclusivamente semplificativo, cinque cd. circostanze eccezionali. Tale elenco, tutt'altro che esaustivo, indica due circostanze estremamente generiche, ossia "improvvisi carenze del volo sotto il profilo della

Varsavia, nella disciplina europea ed in quella nazionale, con attenzione ai vari tipi di ritardo, si veda BUSTI S., *Contratto di trasporto aereo*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di CICU – MESSINEO.

¹²⁹ Per una disamina sul punto si veda VERNIZZI S., *La cancellazione del volo: considerazioni generali e indicazioni emergenti dalle recenti innovazioni legislative*, in *Resp.civ. e prev.*, n.10/06, pag. 1655 ss.

¹³⁰ Dottrina statunitense, generalmente accolta in Italia, ritiene che il discrimine sia da individuare nella natura del volo, se di linea, e quindi fungibile, o non di linea, e quindi non sostituibile con successivo volo nel *timetable* del vettore. Altro elemento individuato dalla dottrina italiana è poi quello del tempo di riavviamento. Difatti, pur se il volo fosse di linea, appare necessario ritenere che la sua mancata sostituzione, entro un tempo congruo, faccia venir meno l'interesse alla partenza, e, quindi, integri un inadempimento totale, necessariamente diverso da un ritardo, che configura, al contrario, un inesatto adempimento. Sul punto BUSTI S., *cit.*, pag. 479-480; ROMANELLI G., *Il trasporto aereo di persone*, 1959, Padova

¹³¹ VERNIZZI S., *cit.*, pag.1658

sicurezza” e “rischi per la sicurezza”. Sotto codeste due locuzioni i vettori aerei tendono a ricomprendere il maggior numero di cause di cancellazione di voli, per cui, tendenzialmente, richiedono sempre l’esonero di responsabilità: una prassi, questa, contro cui la Commissione già si era espressa nel 2005, ritenendo che vi fosse un abuso di tale clausola.

Pur tuttavia, nella genericità della norma, e nell’assenza di un elenco tassativo di circostanze eccezionali, la qualificazione di quest’ultime, e, quindi, l’operatività della clausola di esonero da responsabilità, è rimessa interamente nelle mani del vettore che, in modo unilaterale, decide se e quando applicarla.

Tanto più che: vertendosi in tema di sicurezza, il passeggero sarà mediamente più portato ad affidarsi alla decisione della compagnia aerea, stante l’evidente preminenza dell’interesse ad arrivare a destinazione in sicurezza su quello ad arrivare puntualmente; e, stante la specificità tecnica delle circostanze riferibili dal vettore, gli ONA sono portati ad avallare le unilaterali giustificazioni delle compagnie aeree, lasciando al passeggero l’unica via, non sempre agevolmente percorribile, del ricorso all’Autorità Giudiziaria.

Ultimo tra i problemi connessi alle lacune del testo normativo è poi quello del riavviamento, che costituisce anche anello di congiunzione con la seconda categoria di doglianze, ossia quella inerente non all’interpretazione ma all’applicazione delle norme in esame.

In caso di negato imbarco o cancellazione le compagnie aeree devono permettere al passeggero di scegliere tra rimborso del biglietto o riavviamento su volo alternativo e con “condizioni di trasporto comparabili”. Proprio tale ultima locuzione crea il primo problema di interpretazione, attesa la sua genericità, poiché non è chiarito se per condizioni comparabili si intenda tutelare il viaggiatore, che ha diritto ad essere imbarcato in una classe uguale a quella originariamente prescelta e con modalità di volo uguali, ad esempio per quanto concerne gli scali e la durata del volo, o si intenda piuttosto intendere che il volo su cui si viene riavviati deve avere, per il vettore, un costo comparabile a quello del volo che lui stesso avrebbe dovuto effettuare.

E difatti, quanto al primo aspetto, la norma parrebbe ripetere la previsione dell’art. 10 Reg. 261/2004/CE, laddove stabilisce la parziale restituzione del prezzo in caso di declassamento del passeggero. Quanto invece al secondo profilo, se il problema è di poco o nessun momento per i vettori tradizionali, ormai organizzati in logiche di

rete¹³² e, quindi, in grado di riavviare con relativa facilità da qualsiasi aeroporto a costi uniformi, esso ha invece rilevanza per i vettori *low cost*, che spesso non hanno questa possibilità. Intendere la comparabilità delle condizioni di trasporto come equivalenza dei costi per il vettore significherebbe, nei casi di volo *low cost*, arrivare ad elidere la possibilità di scelta del passeggero, che si troverebbe a dovere, sempre e comunque, accettare il rimborso del biglietto e rinunciare al viaggio.

Inoltre, non essendo previsto un tempo limite per il riavviamento, quello che per un vettore in *code share* può risolversi in poche ore, per un vettore *low cost* e/o in un aeroporto cd. regionale può richiedere anche giorni di attesa prima del riavviamento, poiché il vettore si riserva di attendere la partenza di un proprio aeromobile di pari costo.

Accanto alle lacune normative la Commissione evidenzia le carenze applicative del regolamento, proprio muovendo le mosse dall'analisi del riavviamento, ed osservando che sovente, soprattutto i vettori *low cost*, non solo non assicurano un nuovo volo, ma neppure forniscono l'assistenza di legge, giustificandosi con la difficoltà di gestire l'organizzazione dell'attesa in aeroporti spesso privi di qualsivoglia struttura ricettiva.

In tali casi i vettori hanno tentato di invocare la causa di forza maggiore, sostenendo l'impossibilità di fornire le prescritte forme assistenziali laddove l'aeroporto è sprovvisto di alberghi e servizi di ristorazione.

Tuttavia, atteso che il regolamento non distingue tra categorie di aeroporti e non subordina gli obblighi assistenziali ad alcuna condizione, correttamente la Commissione stigmatizza tale comportamento come infrazione alla normativa, sanzionabile, ai sensi dell'art. 16, da parte degli ONA, nella misura stabilita in base alla normativa predisposta da ciascuno Stato membro.

Sempre in materia di assistenza, peraltro, nella verifica in esame è emerso l'uso di differenziare il trattamento assistenziale a seconda del piano tariffario del biglietto del passeggero. In tal modo, un passeggero *business* o *first class* beneficia di diversa e migliore assistenza rispetto ad un viaggiatore *economy*. E' però necessario precisare che, anche in questo caso, il Regolamento non opera alcuna distinzione in tal senso, né autorizza una discriminazione tra passeggeri; al contrario, prevede puntuali obblighi nei confronti di tutti i viaggiatori.

¹³² Sulla struttura del sistema tradizionale e del sistema *low cost* si veda l'indagine conoscitiva IC 24 dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, ma anche MASUTTI A., *cit.*

Ulteriore disapplicazione del regolamento, verificata dalla Commissione, riguarda gli obblighi informativi: in molti aeroporti non sono stati affissi gli avvisi di cui all'art. 14; anche se esplicitamente richiesto, il vettore non consegna il documento informativo di cui al comma 2 del citato articolo. Sottolinea la Commissione come questa sia l'infrazione più grave, poiché la non consapevolezza dei propri diritti impedisce ai passeggeri sia una scelta consapevole – nel caso, ad esempio, del ricorso ai volontari in caso di negato imbarco – sia un reclamo successivo agli ONA, che importi verifica della condotta del vettore e sua eventuale sanzione.

Il fulcro però dell'analisi in ordine all'applicazione del regolamento è la valutazione dell'efficienza degli ONA¹³³, dei loro poteri e del loro ruolo all'interno dei singoli Stati membri, nonché del loro coordinamento a livello europeo.

Quel che emerge è una estrema incoerenza nel modo e nella misura in cui i passeggeri sono tutelati in un paese rispetto all'altro, nonché nella misura in cui determinati comportamenti sono sanzionati.

Gli ONA, la cui istituzione era ed è obbligatoria, devono avere innanzitutto poteri sanzionatori nei confronti dei vettori aerei e la sanzione deve essere effettiva, proporzionata e dissuasiva¹³⁴. Gli stati membri hanno però variamente interpretato questa disposizione, per cui, laddove nella maggior parte degli stati la sanzione ha natura amministrativa ed è impugnabile dinanzi all'Autorità Giudiziaria civile o amministrativa, in Danimarca, Regno Unito e Belgio la sanzione è penale e, addirittura, in Belgio è prevista la pena detentiva per i dipendenti della compagnia aerea sanzionata.

Ulteriore discrasia nell'attività degli ONA è data dai tempi di istruttoria e decisione di un reclamo o di una segnalazione. Difatti, laddove alcuni organismi operano con celerità, altri addirittura stabiliscono procedure diverse, e più rapide, per i reclami dei

¹³³ Per l'Italia l'organismo preposto è l'ENAC, ente nazionale per l'aviazione civile, istituito nel 1997, con D.Lgs 250 del 25.07.97. Accanto alla sua indicazione come ONA, all'Enac è stata demandata l'applicazione del D.Lgs 69/06, che, in recepimento del disposto dell'art. 14 Reg. 261/04/CE, ha individuato le sanzioni per le infrazioni al regolamento medesimo. Il procedimento sanzionatorio è stato poi previsto dall'ENAC medesimo, con la circolare ATP-23. Per una analisi dell'attività dell'ENAC e della normativa sanzionatoria si vede GIORDO A., *Trasporto aereo: sanzioni amministrative per la violazione della normativa comunitaria a tutela dei diritti dei passeggeri*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2007, pag.567ss e STUCCHI M., *Primi interventi dell'ENAC relativi al Regolamento CE n. 261/2004*, in *Dir. Turismo*, n. 1/07 pag. 21 ss

¹³⁴ Art. 14 comma 2 del regolamento 261/04

propri cittadini, tralasciando o rallentando l'analisi dei casi segnalati da non cittadini¹³⁵, i quali, peraltro, sin dal momento della denuncia incontrano problemi linguistici nella compilazione dei moduli.

Infine, solo pochissimi ONA (ad esempio quello del Belgio) hanno il potere, oltre che di sanzionare, anche di imporre il versamento di una compensazione al passeggero; nella maggior parte degli stati il singolo è comunque costretto a procedere dinanzi all'Autorità Giudiziaria per ottenere una forma di risarcimento per la condotta illecita del vettore.

Una tale difformità nella fase sanzionatoria non può che ingenerare delle distorsioni del mercato, laddove in alcuni Stati l'inadempimento al regolamento viene scarsamente sanzionato, o le procedure hanno durata tale da rimanere inevase per tempi lunghi.¹³⁶

Nel trarre le proprie conclusioni dall'analisi svolta, la Commissione muove le mosse dall'idea che una modifica del testo normativo sia, allo stato, non utile ed anzi dannosa, ritenendo che sia necessario lasciare a tutte le parti in causa il tempo per affinare il sistema applicativo delle norme *de quo*¹³⁷.

Eliminata quindi l'opzione di cui all'ultimo comma dell'art. 17, inerente la possibilità di proporre, all'interno della comunicazione, proposte legislative, la Commissione adotta due differenti linee di azioni, una in merito alle carenze legislative, l'altra in merito alle carenze applicative.

In ordine al primo profilo, la Commissione ritiene che non sia tanto necessario colmare lacune normative con l'intervento legislativo, quanto con quello interpretativo, da svolgersi in concertazione con le parti, ed in particolare con gli ONA.

Prima iniziativa è pertanto quella di elaborare, sentito il parere degli ONA, una comunicazione interpretativa del Reg. 261/2004/CE che, seppur priva di valore vincolante, agevoli la corretta applicazione del testo normativo.

¹³⁵ Recentemente la Gran Bretagna ha subito un procedimento di infrazione, sulla base del principio di non discriminazione di cui all'art. 12 del Trattato CE, proprio per aver favorito la celere evasione dei reclami sporti dai cittadini, a discapito delle denunce dei viaggiatori non britannici.

¹³⁶ La Commissione, su tali basi, ha il potere di avviare procedimenti di infrazione contro gli Stati i cui ONA risultassero inadeguati, o in cui non fossero adottate sanzioni effettive e dissuasive.

¹³⁷ COM(2007)0168: "La Commissione ritiene necessario un periodo di stabilità dell'attuale sistema per permettere agli ONA, alle compagnie aeree, agli Stati membri e a se stessa di elaborare un sistema pratico, coerente e comprensibile per l'applicazione del regolamento, in grado di tutelare i diritti dei passeggeri del trasporto aereo".

Quanto poi ad alcuni specifici problemi focalizzati nella comunicazione, la Commissione propone un modello di “concertazione” con ONA e compagnie aeree; ritiene infatti che, in sede di discussione con questi due soggetti si possa addivenire a: la determinazione di criteri di discriminazione tra cancellazione del volo e ritardo; la determinazione di linee direttrici in ordine all’interpretazione del concetto di “circostanza eccezionale” per l’esonero della responsabilità; il chiarimento in ordine all’applicazione concreta del diritto al riavviamento.

Per quanto concerne invece il profilo applicativo, la Commissione ha stabilito di avviare – come di fatto ha avviato – una istruttoria di sei mesi, da svolgersi presso gli aeroporti, per verificare la condotta dei vettori.

In questi sei mesi, inoltre, dovranno essere svolte riunioni organizzative con gli ONA, onde predisporre un codice di buona prassi, inerente le procedure di evasione dei reclami, nonché nell’intento di armonizzare i sistemi sanzionatori dei vari Stati membri.

Nell’ambito di un potenziamento del ruolo degli ONA, inoltre, la Commissione si riserva di valutare l’istituzione di un loro centro di coordinamento a livello europeo o, ancora, di trasferire una tale competenza all’ECC.

L’esito della concertazione e dell’istruttoria nel corso di questi sei mesi sarà fondamento di ogni ulteriore decisione in ordine ad un intervento di tipo legislativo sul regolamento, qualora si ravvisi che solo in tal modo si possano ottenere risultati soddisfacenti per la tutela del passeggero.

Primo risultato di codesta attività concertata è stata la pubblicazione di un documento¹³⁸ di interpretazione e risposta ai quesiti, evidenziatisi nella revisione, in ordine alla corretta applicazione del Reg. 261/2004/CE.

¹³⁸ Information Document of Directorate – General for Energy and Transport, Answer to questions on the application of Regulation 261/2004. Alle discussioni, il cui contenuto è versato nel documento, hanno partecipato IATA (International Air Transport Association), AEA (Association of European Airlines), ELFAA (European Low Fares Airline Association), ERA (European Regions Airlines Association) e IACA (International Air Carrier Association), le quali hanno tenuto a precisare, quale premessa del documento stesso, che “for the avoidance of doubt IATA, AEA, ELFAA, ERA and IACA wish to state that this document does not necessarily reflect their views and that their participation at the meetings where this document was developed was undertaken without prejudice to the subsequent rights of their member airlines in the context of court proceedings. It is their view that each incident should be assessed on a case by case basis”. Del resto, anche la Commissione Europea ha premesso che il documento non costituisce una forma di interpretazione autentica e non ha, quindi, un carattere di vincolatività: “this document does not constitute any kind of formal commitment in the part of the European Commission”. Il documento, quindi, parrebbe costituire più che altro una base di lavoro, per la messa alla prova di soluzioni concertate ai problemi interpretativi sollevati dalla Commissione, in sede di prima verifica ex art. 17 Reg. 261/04.

Il documento, pubblicato il 17 febbraio 2008, siglato sia dalla Commissione Europea, sia dalle 5 principali associazioni dei vettori aerei, ha i caratteri dell'informalità, e non pregiudica la necessità di una valutazione “*on a case by case basis*” dei singoli inadempimenti dei contratti di trasporto di persone.

Primo problema valutato dalla concertazione è quello della distinzione tra ritardo e cancellazione del volo. La soluzione proposta è piuttosto formalistica, atteso che si ritiene di poter definire cancellazione il caso in cui al volo viene cambiato numero identificativo¹³⁹, mentre, se il volo mantiene lo stesso numero, si parla di ritardo prolungato, con l'unica condizione che il volo ritardato decolli comunque prima di quello avente stessa rotta e stesso orario, ma in partenza il giorno successivo a quello ritardato.

La qualificazione del volo come “cancellato” viene così rimessa quasi totalmente al vettore, con l'unico limite di gestire il ritardo nell'arco delle ventiquattro ore.¹⁴⁰

Il documento si occupa poi del problema del diniego d'imbarco nei casi complessi e, in particolare, quello cagionato da un ritardo di una coincidenza. La tematica è affrontata alla luce dell'art. 3 comma 2 del reg. 261/04, e risolta quindi sulla base del principio per cui il passeggero ha l'obbligo di presentarsi al *check-in* all'orario indicato dal vettore o, quantomeno, quarantacinque minuti prima dell'orario previsto per il decollo. Sulla scorta di tale principio, la Commissione afferma che non è sanzionabile il diniego d'imbarco nei confronti di un passeggero che non si sia presentato al *gate* d'imbarco nell'orario indicato dal vettore.¹⁴¹

Infine, in merito al diniego d'imbarco, il documento statuisce che gli obblighi informativi di cui all'art. 14 del Reg. 261/2004 si estendono anche ai volontari, e non solo ai non imbarcati per scelta unilaterale del vettore.¹⁴²

¹³⁹ “A flight may generally be considered as cancelled when the flight number changes for the same route for which the passenger has a contract on a specific day and time schedule”

¹⁴⁰ Peraltro le compagnie aeree hanno criticato tale passaggio, ritenendo che dalla lettera dell'art. 6 Reg. 261/2004 si possa desumere l'ammissibilità di un ritardo superiore alle ventiquattro ore.

¹⁴¹ Tale asserzione non considera in alcun modo i casi in cui il ritardo di presentazione al *gate* sia imputabile al medesimo vettore, nell'ambito di un volo con scalo intermedio e cambio velivolo allo scalo. La genericità dell'affermazione lascia presumere che anche una tale situazione venga esclusa dalla fattispecie di diniego d'imbarco e ricondotta, invece, a quella del ritardo.

¹⁴² Tale interpretazione ha visto il netto dissenso dei vettori, i quali ritengono, al contrario, che le due categorie di soggetti non possano essere equiparate sotto il profilo degli obblighi informativi. Infatti, l'art. 14 si applica a coloro a cui è negato l'imbarco; al contrario l'art. 4 descrive i volontari come coloro che si offrono per essere imbarcati su altro volo, quando il vettore prevede ragionevolmente di poter versare in una situazione di diniego d'imbarco. Il fatto che sia solo una previsione rende l'evento incerto e, quindi, le posizioni non assimilabili: “Airlines are of the opinion that article 14(2) does not apply to volunteers. Article 14(2) refers to an actual case of denied boarding whereas the call for volunteers

Altro problema sollevato in sede di prima revisione, e affrontato in codesto documento, è quello della definizione del caso fortuito e della forza maggiore idonee ad elidere la responsabilità del vettore, e quindi il diritto alla compensazione, in caso di cancellazione del volo. La Commissione richiama innanzitutto i principi della Convenzione di Montreal, in merito alla non imputabilità delle cancellazioni e dei ritardi dovuti a condizioni meteorologiche e ad avarie, nonché in merito all'onere della prova, in capo al vettore, circa l'esistenza di codeste condizioni giustificatrici;¹⁴³ successivamente sottolinea il ruolo dell'Ente preposto al controllo e alla vigilanza in merito all'applicazione del Regolamento: è a tale organismo che è affidata la valutazione dell'idoneità dei problemi tecnici e meteorologici a costituire causa di non imputabilità dell'inadempimento, alla luce del principio fondamentale di sicurezza del volo.¹⁴⁴

Il documento ribadisce, quindi, l'impossibilità dell'indicazione di un elenco tassativo di cause giustificatrici e, quindi, l'essenzialità di una valutazione *case-by-case*.¹⁴⁵

Per quanto concerne il ritardo, il documento provvede a specificare che nessun tipo di compensazione è prevista e dovuta in base al Reg. 261/2004/CE, per i danni da ritardo, che restano regolati in base al diritto civile nazionale od uniforme (a seconda del tipo di volo e della legge applicabile) e a ribadire le modalità di risoluzione del

occurs before this and takes place in situations where a carrier onl reasonably expects to deny boarding, as per article 4(1)". Tale posizione delle compagnie aeree stigmatizza la prassi di non informare i volontari dei diritti previsti in caso di diniego d'imbarco, onde ottenere transazioni a condizioni di vantaggio rispetto agli obblighi imposti dal Reg. 261/04, sfruttando la non applicabilità, in tale caso, dell'art. 15 Reg. 261/2004 sull'irrinunciabilità dei diritti derivanti dal Reg.. Al contrario, invece, l'interpretazione della Commissione Europea, dovrebbe forse far riflettere proprio su una eventuale riformulazione/reinterpretazione del citato art. 15. In proposito, si veda *ultra*, cap. 3, sulle pratiche commerciali scorrette in fase di esecuzione del contratto di trasporto aereo.

¹⁴³ Dispone il documento: "the Montreal Convention, which uses a similar concept, can also provide some guidance for assessment. The consequences to aircraft operation of weather conditions and technical deficiencies must be taken into account, since safety are overriding objective that must be guaranteed. The burden of proof concerning a cancellation and whether it is caused by extraordinary circumstances rests with the operating air carrier"

¹⁴⁴ Ibidem: "if information provided by Airlines is of a coherent and detailed character, NEB are left a margin of flexibility and are free to apply a system of random checks. (...) If information is only provided in a generalized manner not allowing the NEB to draw sound judgement, incident have to be followed up by requesting for example, as a matter of proof, logbooks, incident reports, maintenance manuals ... (...) A NEB should adopt the test of whether the actions of an airline were reasonable in the circumstances based on the information available to the airline at the time of the disruption"

¹⁴⁵ Ciò in particolare viene affermato in merito alla qualificazione degli scioperi come cause di esclusione dell'imputabilità della cancellazione del volo. Lo sciopero, difatti, rientra nell'elenco esemplificativo e non esaustivo del considerando n. 14 del Reg. 261/2004/CE. Il documento concertato chiarisce che effettivamente lo sciopero costituisce causa giustificatrice, a determinate condizioni che devono essere valutate nel caso concreto: "a case - by - case assessment will remain crucial taking into account all relevant jurisprudence and legislation in force in the country of the incident"

contratto e restituzione del prezzo del biglietto, nonché i casi in cui si ha diritto ad un volo gratuito per il ritorno al luogo di partenza.

La Commissione chiarisce poi che i doveri di assistenza ed informazione in capo al vettore sorgono nel momento in cui si avvede che il volo verrà effettuato in ritardo¹⁴⁶

Altra problematica sollevata dalla prima analisi sull'applicazione del Regolamento era poi stata quella del declassamento del passeggero, che nel documento viene risolta limitando il diritto al rimborso del prezzo solo relativamente al segmento di volo declassato e non necessariamente all'intero viaggio.¹⁴⁷

Il documento si sofferma, comunque, in modo analitico, su tutti gli articoli del Regolamento, puntualizzandone alcuni passaggi; ciò nonostante le interpretazioni proposte non appaiono tanto volte a risolvere i problemi sollevati in sede di analisi ai fini di una revisione, quanto a definire i punti già pacifici, o facilmente appianabili, e a demandare agli organismi nazionali preposti (NEB) il ruolo di dirimere, caso per caso, le situazioni in base a dei principi generali, concordati con i vettori medesimi.

C. L'organismo responsabile dell'applicazione del regolamento ex art. 16 – L'ENAC e le procedure sanzionatorie.

Alla luce delle osservazioni appena mosse, in ordine all'essenzialità di una valutazione caso per caso e alla tendenza della Commissione a concertare dei criteri generali e demandare agli organismi ex art. 16 Reg. 261/2004/CE l'interpretazione concreta, il ruolo dei NEB assume sempre più rilevanza nell'*enforcement* del Regolamento.

La Commissione, infatti, nella consapevolezza del ruolo conferito a codesti organismi, sottopose ad attenta analisi anche il loro operato e raffrontò i diversi sistemi adottati dagli stati membri.¹⁴⁸

All'esito dell'analisi, un primo lavoro ha portato a definire la *general complaint handling procedures*¹⁴⁹, in base alle quali i tempi di definizione di un reclamo/segnalazione contro

¹⁴⁶ Recita il documento: "...as soon as it receives information that leads it to reasonably expect that the actual flight will be delayed...."

¹⁴⁷ Interpretazione, questa, dell'art. 10 del Regolamento, da cui la Commissione si discosta, ritenendo che, al contrario, il rimborso sia sempre dovuto in percentuale calcolata sull'intero prezzo del biglietto, anche quando il declassamento ha riguardato solo una parte del viaggio.

¹⁴⁸ In sede di analisi l'ente del Belgio venne indicato come il più efficiente organismo di vigilanza ed applicazione del regolamento, per il suo potere non solo di sanzionare in via amministrativa il vettore, ma anche di risolvere la controversia con il singolo passeggero, condensando così in sé entrambi i binari della tutela.

¹⁴⁹ Pubblicato dal Directorate – General for Energy and Transport, unitamente al documento di interpretazione del regolamento.

una compagnia aerea debbono essere di 3-4 mesi per i casi di facile soluzione e di massimo 6 mesi per i casi più complessi, con possibilità di dilazione solo nei casi per i quali penda un'azione giudiziaria.

Inoltre, la Commissione auspica una collaborazione a livello europeo tra tutti i NEB, coordinata dal European Consumer Centre.

Quel che l'analisi ha messo in luce è che, tra i vari stati membri, le scelte in ordine al tipo di sanzioni per l'infrazione al regolamento 261/04 e le modalità operative degli organismi designati sono state piuttosto eterogenee e, quindi, che in tale campo è necessaria un'attività di coordinamento.

L'esperienza italiana vede l'incarico assegnato all'ENAC¹⁵⁰, ente nazionale per l'aviazione civile¹⁵¹, per esplicita previsione del D.Lgs 69 del 27.01.06, pubblicato in G.U. n. 54 del 06.03.06.

Codesto atto normativo provvede a dare applicazione all'art. 16 Reg. 261/2004/CE,¹⁵² in primo luogo, attraverso la nomina, all'art.2, dell'ENAC quale organismo responsabile dell'applicazione del Regolamento, nonché ente competente all'irrogazione delle sanzioni amministrative previste in caso di non ottemperanza ai dettami del Regolamento medesimo; quindi, attraverso la determinazione delle sanzioni amministrative, secondo i criteri del citato art. 16, che prevede "sanzioni effettive, efficaci e persuasive".

Il regolamento, difatti, non stabilisce sanzioni uniformi, ma demanda ai singoli Stati membri la valutazione di proporzionalità tra infrazione e punizione.

¹⁵⁰ L'ENAC è stato istituito con il D.Lgs 250/97, nella forma dell'ente pubblico non economico dotato di autonomia regolamentare, organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile e finanziaria. Lo Statuto è quindi deliberato dal consiglio d'amministrazione dell'Ente, ma deve essere approvato dal ministero Trasporti, in concerto con il Ministero del Tesoro e col Ministero della Funzione Pubblica. E difatti lo Statuto è stato adottato con D.M. 03.06.99, pubblicato in G.U. n. 289 del 10.12.99, ed individua gli organi dell'Ente e le sue funzioni ed attività. Tra queste, all'art. 19 (come noteremo oltre) vi è anche la composizione delle controversie.

¹⁵¹ Una scelta di tale tipo, in verità, è stata comune per molti altri stati membri. Essendoci già un ente preposto al controllo sull'aviazione civile, ed in particolare sull'applicazione delle normative comunitarie ed internazionali, in specie quelle tecniche, la concentrazione anche di questo incarico in capo al medesimo organismo è apparsa come la più logica e ottimizzante le risorse già esistenti.

¹⁵² Applicazione giunta con un certo ritardo, atteso che il regolamento era già entrato in vigore da più di un anno. Per tal motivo la Commissione Europea ha avviato contro l'Italia una procedura di infrazione, scaturita dall'aumento dei reclami da parte dei passeggeri. Sul punto CASOLARI – GESTRI – PALANDRI, *Avviato procedimento d'infrazione contro l'Italia per mancato rispetto della disciplina comunitaria in materia di tutela dei passeggeri aerei*, in *Dir. Turismo*, 2005, pag. 407ss.

Il D.lgs 69/06¹⁵³, pertanto, dispone specifiche sanzioni pecuniarie per la violazione dell'art. 4, relativo alle procedure da seguire in caso di necessità di negare l'imbarco, in particolare per quanto concerne la preventiva ricerca dei volontari, nonché in relazione all'obbligo di versare prontamente la compensazione prevista dalla disciplina comunitaria. In caso di inottemperanza a questi obblighi il vettore viene attinto da una sanzione amministrativa da diecimila a cinquantamila euro.

Pari sanzione è prevista per l'infrazione dell'art. 5 Reg. 261/2004/CE, in caso di mancato rispetto delle procedure prescritte in caso di cancellazione del volo, nonché per la violazione del disposto dell'art. 11, che prevede una particolare assistenza ed un diritto di precedenza per le persone con mobilità ridotta e per i bambini non accompagnati.

L'inosservanza delle procedure in caso di ritardo, così come previste dall'art.6, è invece sanzionata con una pena pecuniaria da duemilacinquecento a diecimila euro.

Inferiore – da mille a cinquemila euro – è invece la pena per chi declassa i passeggeri, non rispettando le prescrizioni dell'art. 10 del Regolamento.

Una specifica sanzione amministrativa, da duemilacinquecento a diecimila euro, è prevista in caso di inadempimento agli obblighi informativi di cui all'art. 14 del Regolamento.

L'ENAC ha provveduto a dare attuazione alla disciplina sanzionatoria, attraverso la circolare APT-23¹⁵⁴ che regola il procedimento sanzionatorio, dall'ispezione/accertamento sino all'irrogazione della sanzione ex D.Lgs 69/06 e alla sua impugnazione.

La circolare trae i principi generali dalla L. 689/81, in materia di sanzioni amministrative.

Il procedimento è articolato in tre fasi: l'accertamento, l'irrogazione della sanzione in misura ridotta, il contraddittorio con l'eventuale determinazione di una sanzione finale. E difatti l'Ente ha il dovere di avviare procedure ispettive e di accertamento, sia d'ufficio, sia su segnalazione/reclamo di utenti, seguendo una griglia di valutazione – la cd. *check list* – in base alla quale viene certificata la conformità di un operatore al

¹⁵³ Per una disamina della disciplina del D.Lgs 69/06 si veda GIORDO A., *Trasporto aereo: sanzioni amministrative per la violazione della normativa comunitaria a tutela dei diritti dei passeggeri*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 2007, pag. 567 ss.

¹⁵⁴ In proposito si veda STUCCHI M., *Primi provvedimenti dell'ENAC relativi al Reg. CE n. 261/2004*, in *Dir. Turismo*, 2007, pag. 21 ss

Regolamento 261/2004, sotto dieci punti di vista.¹⁵⁵ All'esito dell'ispezione viene eventualmente redatto un verbale di accertamento, in cui si determina la sanzione per ciascuna delle infrazioni contestate, e si procede a concedere il termine di 30 giorni per l'avvio della fase del contraddittorio, oppure, si determina la sanzione in misura ridotta che il vettore potrà pagare, qualora ritenesse di non procedere ad alcuna difesa.

La contestazione di violazione deve avvenire entro 90 giorni dall'esecuzione dell'accertamento, o, nel caso di notificazione all'estero, entro 360 giorni, e deve essere notificata quale atto giudiziario a mezzo del servizio postale.

Le sanzioni in misura ridotta sono predeterminate dall'art. 4 della circolare APT-23 e devono essere versate entro 60 giorni dalla notificazione della contestazione.

Le eventuali memorie difensive, per procedere nella fase del contraddittorio, invece, devono essere depositate entro 30 giorni dalla notificazione della contestazione.

Sarà la Direzione Regionale ENAC competente per territorio a procedere alla valutazione delle difese ed all'eventuale audizione del vettore, e ad assumere la determinazione finale, nelle forme o dell'archiviazione o dell'ordinanza ingiunzione di pagamento delle sanzioni in misura ordinaria, da notificarsi a mezzo posta come atto giudiziario e da pagarsi entro 30 giorni – 60 se il vettore ha sede all'estero – dal ricevimento del plico.

Per la determinazione della sanzione finale, l'ENAC valuta: la gravità della violazione, la sua reiterazione da parte del medesimo vettore e l'incidenza, in percentuale, della violazione sul numero dei passeggeri. Sono argomento di valutazione anche gli atti eventualmente posti in essere dal vettore per eliminare od attenuare le conseguenze delle violazioni.

La circolare disciplina anche la successiva fase di impugnazione dell'ordinanza-ingiunzione, che deve essere effettuata innanzi al giudice ordinario, secondo le modalità ed i criteri di competenza previsti dagli artt. 22 e 22 bis della L. 689/81.¹⁵⁶

¹⁵⁵ La griglia, allegata alla circolare, prevede infatti la verifica di: 1) obbligo di informazione – art. 14 c.1-presenza di avvisi affissi in zona registrazione; 2) obbligo di informazione – art. 14 c.2 – consegna del materiale illustrativo dei diritti del passeggero; 3) obbligo di informazione – art. 14 c.3 – predisposizione di materiale informativo alternativo per non vedenti ed ipovedenti; 4) art. 4 c.1 – procedura di appello dei volontari; 5) art. 11 – protezione delle persone con mobilità ridotta o particolari esigenze; 6) art. 4c.3 – pagamento compensazione pecuniaria; 7) art. 9 c.1 – assistenza; 8) art. 9 c.2 – chiamate telefoniche, fax ed e.mail; 9) art. 9 c.3 – bisogni di assistenza delle persone con mobilità ridotta; 10) art.8 – rimborso e/o riprotezione.

¹⁵⁶ Il procedimento non prevede la partecipazione né del singolo passeggero leso, né di associazioni dei consumatori. Il provvedimento di archiviazione, quindi, non è impugnabile da parte di codesti soggetti.

L'ENAC è tenuto a ricevere segnalazioni e reclami anche inerenti violazioni avvenute fuori dall'Italia, purchè nel territorio di uno stato membro¹⁵⁷. In tal caso l'istruttoria sarà poi trasferita d'ufficio al NEB competente.

La circolare non prevede alcuna forma di partecipazione della parte lesa alla procedura di accertamento, che è svolta per fini esclusivamente amministrativi, e non prevede alcun intervento nel rapporto tra vettore e passeggero, né per ordinare il pagamento di compensazioni eventualmente negate, e la cui debenza sia stata accertata nell'ispezione, né per dirimere in qualche modo la controversia.

Nonostante l'art. 19 dello Statuto ENAC preveda un potere di avviare procedure di conciliazione, infatti, l'Ente ha sempre declinato codesto incombenza, riservandosi unicamente compiti amministrativi.¹⁵⁸

In sede di revisione del regolamento, invece, la Commissione Europea ha messo in luce gli ottimi risultati del NEB belga,¹⁵⁹ che, oltre a procedere alle sanzioni¹⁶⁰, determina anche le modalità di risarcimento del singolo passeggero, in una sorta di arbitrato¹⁶¹, a cui le parti possono non attenersi, ricorrendo dinanzi al giudice ordinario¹⁶².

2.2.3 La Carta dei diritti del passeggero.

¹⁵⁷ STUCCHI M., *cit.*, pag. 22

¹⁵⁸ Il ruolo di camera di conciliazione per le piccole controversie è stato invece assunto dalla Camere di Commercio, in virtù della L.580/93. In alcune regioni quali quella Piemonte, la Camera di Commercio ha addirittura istituito un'apposita sezione "Turismo" dedicata alle controversie legate a pacchetti turistici e trasporti connessi con il godimento di vacanze. Per una disamina sul ruolo delle Camere di Commercio si veda MINERVINI E., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: il ruolo delle Camere di Commercio*, Napoli, ESI, 2003.

¹⁵⁹ Si vedano i già citati lavori della Commissione sul punto.

¹⁶⁰ Peraltro in Belgio sono previste anche sanzioni penali e non solo amministrative.

¹⁶¹ Un tale modo di procedere ha un ovvio intento deflattivo del contenzioso giudiziario, ma permette anche di assicurare tutela laddove, stante la pochezza delle pretese economiche, molti passeggeri, dopo un primo reclamo, decidessero di desistere da ulteriori attività. Risulta infatti, dagli studi di Steer Davies Gleaves, che i dati forniti dai NEB sono statisticamente poco utilizzabili proprio perché una gran parte dei passeggeri non procede neppure alla segnalazione istituzionale, presso il NEB competente, ma si ferma al semplice reclamo presso la compagnia aerea, solitamente infruttuoso. La possibilità di dirimere anche la controversia civilistica, unitamente all'applicazione di sanzioni amministrative, avrebbe quindi anche la potenziale conseguenza di incrementare l'interesse del passeggero alla segnalazione all'Ente, rendendo così più effettivo il servizio di controllo e vigilanza dall'Ente stesso posto in essere. Per delle riflessioni sull'opportunità di forme alternative di risoluzione delle piccole cause, si veda BERNINI A.M., *Small claims: conciliazione ed arbitrato anche nell'esperienza straniera*, in *Quaderni dell'Avvocatura*, 1993

¹⁶² Il ricorso al giudice ordinario è fatta nella forme delle *small claims*, che hanno una procedura celere, proprio in ragione della natura bagatellare dell'oggetto della controversia. In proposito, la Comunità sta vagliando un regolamento in ordine alle *small claims*, volto alla rapida definizione, con istruttoria sommarie/accelerate

Sulla scorta di quanto disposto dalla citata Comunicazione della Commissione europea COM/2000/0365, l'ENAC ha predisposto una carta dei diritti del passeggero, per implementare la conoscenza, da parte degli utenti, delle norme poste a loro tutela.

Tale atto amministrativo non ha di per se valore di fonte normativa, quanto, piuttosto, di fonte di pubblicità di altro atto normativo¹⁶³. La carta, infatti, riproduce sostanzialmente¹⁶⁴ il contenuto del regolamento, ponendolo in una forma maggiormente divulgativa .

¹⁶³ Sul punto si rimanda alle già formulate osservazioni in ordine ai NOTAMS e AIP contenenti ordinanze o circolari ministeriali, cfr nota 66.

¹⁶⁴ La Carta prevede, in tema di ritardo, un obbligo informativo aggiuntivo per il vettore, la cui inosservanza, pur non essendo violazione di legge, viene utilizzata dalla giurisprudenza quale parametro valutativo in sede di azione risarcitoria.

III

LA TUTELA DEL PASSEGGERO - CONSUMATORE

3.1. LA NOZIONE DI CONSUMATORE - 3.2 CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO: 3.2.A ANALISI DELLE SINGOLE CLAUSOLE SOTTO IL PROFILO DI VESSATORIETÀ EX ART. 1341 C.C. E EX ART. 33 SS. COD. CONS. - 3.3. NEGATO IMBARCO, CANCELLAZIONE DEL VOLO, RITARDI E TUTELA DEL PASSEGGERO ALLA LUCE DELLA DIR. 29/CE/2005: L'INFORMAZIONE IN ORDINE ALL'USO DELLA PRATICA DELL'OVERBOOKING-OVERSELLING COME STRUMENTO REGOLATORE DELLA PRATICA MEDESIMA, ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 29/CE/2005: 3.3.A PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA NELLA CANCELLAZIONE DEL VOLO O NEL DINIEGO D'IMBARCO COMPLESSO

Le tre fattispecie in esame – diniego d'imbarco, ritardo e cancellazione del volo –, in specie quando dettate da ragioni prettamente commerciali, costituiscono comportamenti del vettore, pratiche commerciali, regolate, anche solo indirettamente, nel contratto di trasporto e suscettibili di essere vagliate alla luce dei due pilastri della tutela del consumatore¹⁶⁵: la disciplina delle clausole abusive e quella delle pratiche commerciali scorrette.

Nel primo caso, preliminarmente all'analisi ai sensi dell'art. 33 e seguenti del Codice del Consumo, per il nostro diritto interno – e quindi nei casi in cui, applicando le regole dell'art. 33 Convenzione di Montreal, risultasse applicabile la legge italiana¹⁶⁶ - il contratto tra vettore e passeggero, essendo concluso sulla base di condizioni generali di contratto, si dovrà confrontare con la normativa *ex art.* 1341 c.c., che non limita il proprio ambito operativo sul piano soggettivo, ma solo in via oggettiva.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Circa i rapporti tra tutela del passeggero e tutela del consumatore e sul ruolo che il “diritto dei passeggeri” può svolgere nel diritto dei consumi si veda TURCO BULGHERINI E., *Il diritto della navigazione e dei trasporti fra elaborazione scientifica ed insegnamento universitario nell'era della globalizzazione*, in *Riv. Dir. Trasp.*, n.01/07, pag. 14 e nota 43, nonché KARSTEN J., *Droit communautaire des passagers et droit privé européen*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, n. 04/06, pag. 257 ss., ed in particolare pag. 268-271.

¹⁶⁶ La disciplina su clausole abusive e pratiche commerciali sleali, invece, troverà applicazione, ovviamente, in tutto il territorio comunitario, avendo entrambe fonte in direttive europee.

¹⁶⁷ L'art. 1341 c.c. si riferisce a contratti predisposti unilateralmente per una serie indefinita di operazioni commerciali. L'art. 1342 c.c., invece, ai contratti conclusi per moduli o formulari. Restano quindi esclusi da codesta disciplina i contratti predisposti unilateralmente per una singola occasionale operazione.

Al contrario, le due discipline ex art. 33 e seguenti e 18 e ss. del codice del consumo, non possono prescindere dal requisito soggettivo dell'essere, il contratto, intercorso tra un professionista ed un consumatore.

3.1. la nozione di consumatore

Posto che il vettore aereo di trasporti di linea od equiparabili – di cui ci si sta occupando – è indubbiamente un professionista, le perplessità si manifestano invece in merito alla definizione della figura del consumatore.

Ed invero, la definizione di consumatore, così come formulata nella direttiva 93/13/CE e recepita oggi, all'art. 3 cod. cons., limita il conferimento dello *status* di consumatore alla persona fisica che agisce per scopi estranei alla propria attività professionale eventualmente svolta¹⁶⁸.

Se la “fisicità” richiesta per essere consumatore è inequivocabile¹⁶⁹ – pur se la scelta legislativa non è priva di contestazioni¹⁷⁰ – il requisito della estraneità degli scopi

¹⁶⁸ Sulla definizione di consumatore, oltre alle opere citate *ultra*, si veda anche la bibliografia proposta da PATTI S., *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. - GABRIELLI G., UTET, 2006, pag 378, nota 171, la ricca bibliografia in KIRSHNER S., *art.3*, in *Commentario al codice del consumo*, a cura di ALPA G – ROSSI CARLEO L., ESI, 2006, nonché LUCCHESI F., *art.3*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di VETTORI G., CEDAM, 2007, pag. 45 ss. e l'ampia bibliografia ivi citata.

¹⁶⁹ DONA M., *Il codice del consumo: regole e significati*, Giappichelli, 2005, pag. 29: “Quello della necessaria fisicità del consumatore sembra essere un presupposto ormai ineludibile della nozione di consumatore nonostante i tentativi di ampliare la nozione di consumatore fino a ricomprendervi le piccole imprese che pure pagano, nei riguardi delle grandi, quell'asimmetria economico-informativa che giustifica la tutela consumerista: la giurisprudenza ha infatti sbarrato la strada alla possibilità di estendere la nozione di consumatore al di là della persona fisica (Corte di Giustizia CE, sent. 22 novembre 2001, nei procedimenti riuniti C-541/99 e 542/99; Corte Cost., ordinanza del 22 novembre 2002). Unica eccezione alla regola della necessaria fisicità dell'acquirente vale per il condominio (Cass., ordinanza 24 luglio 2001 n. 10086, in *Mass. Foro it.*, 2001, 855)”.

¹⁷⁰ Critiche a tale restrizione dell'ambito applicativo della disciplina, che portano ad escludere dalla tutela tutti i soggetti operanti in ambito *no-profit*, quali associazioni non riconosciute, comitati etc..., sono state mosse da più parti in dottrina. MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, in *Trattato del contratto*, a cura di ROPPO V., *I Rimedi – vol. IV*, a cura di GENTILI A., Giuffrè, 2006, pag. 520: “Si è parlato di un limite della direttiva, e lo si è imputato non a ragioni di ordine dogmatico, bensì ad un'intensa opera di pressione delle associazioni degli industriali, intenzionate ad avere mano libera nei confronti delle piccole imprese che contrattano con esse. Infatti, si esclude l'operatività della direttiva nei confronti dei professionisti deboli che, nei rapporti contrattuali con i professionisti forti, subiscono clausole abusive da quest'ultimi imposte.[Costatazione diffusa: vedi ad esempio Ghidini, *intervento*, in *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, a cura di Marini e Stolfi, ESI, 1992, 83; Roppo V, *La nuova disciplina delle clausole abusive*; Ruffolo, *Le clausole vessatorie, abusive, inique e la ricodificazione negli artt. 1469bis – 1469 sexies*, in *clausole vessatorie e abusive*, a cura di Ruffolo, Giuffrè, 1997,22]”(si veda anche MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, 2005). Il codice del consumo, peraltro, all'art. 31, prevede un diritto di regresso del dettagliante, schiacciato tra l'incudine del fornitore, che applica clausole abusive legittimamente, e il martello della tutela consumeristica, che gli proibisce di ribaltare le medesime clausole sul consumatore finale. Norma questa, in verità, non chiara nei suoi profili

all'attività professionale ha, sin dal primo recepimento, suscitato un vivace dibattito, in particolare in relazione ai beni/servizi cd. di uso promiscuo.

Il trasporto aereo è senza dubbio un servizio qualificabile ad uso promiscuo¹⁷¹, atteso che in qualunque viaggio, accanto alla finalità lavorativa – più o meno prevalente – è sempre possibile affiancare un secondo scopo, estraneo all'attività professionale¹⁷², ed inoltre, in nessun contratto di trasporto aereo *tout court* la suddetta finalità viene dedotta all'interno del negozio medesimo, rimanendo non conosciuta al vettore stesso. Queste considerazioni hanno condotto parte della dottrina a ritenere che il passeggero aereo sia sempre consumatore.¹⁷³ Affermazione questa che parrebbe poggiare le proprie basi su un'interpretazione della norma che pone l'accento sulla funzione del contratto concluso, piuttosto che sulla funzione del bene/servizio oggetto del

applicativi, e di dubbia efficacia. Sul punto MINERVINI E., *cit.*, pag. 521: “ il legislatore italiano ha peraltro inserito, a sorpresa, una norma ignota alla direttiva 93/13/CE, sulla quale ci si soffermerà in seguito, del seguente tenore (art. 36 c.4 c. cons., e già art. 1469 quinquies c.4): “il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria d'inefficacia delle clausole dichiarate abusive”.

¹⁷¹ V'è in dottrina chi ritiene che qualsiasi bene sia suscettibile di uso promiscuo. Sul punto si veda KIRSHENER S., *art. 3 lett. a)*, in *Commentario al codice del consumo*, a cura di ALPA G. – ROSSI CARLEO L., ESI, 2005, pag. 53 ss.

¹⁷² TULLIO L., *Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie nella contrattualistica dei trasporti*, in *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo. Atti del Convegno di Modena del 31.03/ 01.04.95*, a cura di SILINGARDI G. – ANTONINI A. – MORANDI F., 1996, Giuffrè: “Se per attività professionale è da intendersi l'attività lavorativa connessa alla qualifica professionale, riterrei che bisogna allora escludere dall'ambito di tutela della legge di attuazione tutti i passeggeri che viaggiano per ragione del proprio lavoro, come l'avvocato che va dal cliente o il medico dal paziente o il commerciante dal grossista o il pendolare che raggiunge il posto di lavoro, e così via. Così, non era consumatore chi vi parla, quando da Roma andava ad insegnare diritto della navigazione nell'università di Cagliari. Ma è forse consumatore quando sempre chi vi parla ha viaggiato per venire a tenere la presente relazione in questa sede di Modena? Ed è forse rilevante la circostanza che al medesimo, per parlare qui a Modena, fosse stata in ipotesi corrisposta una retribuzione ovvero che l'abbia fatto, come ha fatto, per fare una cortesia agli amici modenesi? E quando lo scopo è promiscuo? Quando cioè, chi vi parla andava a Cagliari non solo per tenere una lezione all'Università, ma anche per fare il bagno al Poetto dopo la lezione? Questo quadro evidenzia una certa situazione di incertezza e quindi di insufficienza del requisito. Il contratto di trasporto che chi vi parla stipula col vettore marittimo od aereo per recarsi in Sardegna è sempre lo stesso, sia che vada per una vacanza, sia che vada per tenere il corso di lezioni all'università. Non si vede proprio perché solo nel primo caso chi vi parla debba ritenersi consumatore, mentre nel secondo caso non possa eccepire la vessatorietà delle clausole del contratto di trasporto.”

¹⁷³ Cfr ROMANELLI G. – TULLIO L., *Spunti di studio su: le condizioni generali del trasporto aereo*, ISDIT, 1996, pag. 20: “e' da ritenere in proposito che nel caso di trasporto aereo di linea il passeggero deve sempre considerarsi come “consumatore” indipendentemente dal motivo per cui esegue il viaggio, risultando tale motivo (talvolta addirittura ignoto al vettore) estraneo al rapporto tra passeggero e vettore. Diverso può essere il caso in ipotesi di trasporto non di linea e in particolare nel caso in cui un'impresa concluda un contratto di trasporto per l'intera capacità dell'aeromobile con un vettore aereo ed addivenga poi con i propri dipendenti o collaboratori ad un trasporto gratuito (come ritenuto in un noto caso giurisprudenziale: Cass. 20 aprile 1989 n.1855); in tal caso il primo dei due rapporti sarà sicuramente un rapporto tra due imprese e non darà quindi luogo a contratto con un consumatore”

contratto e, quindi, sulla distinzione tra atto della professione e atto relativo alla professione.¹⁷⁴

L'impostazione al momento maggioritaria – e confermata dalla Corte di Giustizia CE – imposta la distinzione tra scopo professionale e scopo extra professionale su una valutazione quantitativa dell'uso del bene oggetto del contratto, stabilendo che solo laddove l'uso personale, come consumatore finale, sia effettivamente e fortemente prevalente, si possa conferire al soggetto lo *status* di consumatore. Al contrario, laddove il bene sia destinato ad un uso anche solo parzialmente, ma non marginalmente ed eventualmente, professionale, il soggetto perde la qualità di consumatore.

Nell'interpretare tali statuizione, parte della dottrina ha ritenuto di dover prevenire pericolosi sviamenti verso un'indagine psicologica dei singoli soggetti operanti, e, pertanto, ha precisato che l'uso del bene in considerazione debba essere quello "oggettivizzato", ovvero sia quello deducibile dal contratto e dalle circostanze della stipulazione, nonché dalla natura del bene, analizzata secondo ragionevolezza.

Si tratta quindi di considerare l'espressione "scopo" non su un piano soggettivo, ossia non sul piano dei motivi, ma su un piano oggettivo, appunto il piano della "funzione" e del collegamento tra detta funzione e l'attività imprenditoriale.

Parte della dottrina, però, nell'ottica di estendere il più possibile l'area di applicabilità della disciplina, sposta l'analisi del collegamento tra funzione e attività professionale dal bene al contratto.

Ovverosia, in quel "agisce per scopi estranei", non intende l'acquisto (nel senso di bene acquistato) il cui uso non è finalizzato, in senso oggettivo, all'attività professionale, ma l'acquisto nel senso di atto dell'acquisto, ossia il contratto in sé e per sé."¹⁷⁵

¹⁷⁴ MINERVINI E., *I contratti dei consumatori, cit.*, pag.523 ss. per una disamina delle teorie relative alla natura di consumatore dell'acquirente di beni per uso promiscuo

¹⁷⁵ FAZIO E., *la tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, Sicania, 2006, pag. 30-31, nonché in *Europa e diritto privato*, n.04/06: "per un corretto inquadramento sistematico della figura in esame è necessario abbandonare una prospettiva meramente strutturale, di rilievo quantitativo o proporzionale dei differenti usi che compongono le promiscuità, e muoversi in una direzione opposta. Orbene, in una prospettiva funzionalistica, sembra che il concetto di egemonia degli scopi extraprofessionali perseguiti dal contraente, quale elemento condizionante la definizione positiva di consumatore, possa cogliersi e precisarsi nel suo rapporto con il concetto di prevalenza, che viceversa la nega, solo facendo ricorso all'elemento causale, l'unico in grado di svincolare la relativa valutazione da arbitrari criteri di consistenza e graduazione degli scopi, che finirebbero per dare rilievo a profili volontaristici e soggettivistici, quali motivi o scopi mediati di dubbio fondamento e legittimità".

Questa costruzione, riscontrata anche da parte della giurisprudenza di merito¹⁷⁶, non supera, tuttavia, né lo scoglio dell'interpretazione monolitica della Corte di Giustizia¹⁷⁷, né il dato letterale dell'art. 3, che utilizza la parola “scopo estraneo alla professione”¹⁷⁸ e non la ben diversa espressione “contratto estraneo alla professione”, e non

¹⁷⁶ DONA M., *Il codice del consumo...*, cit., pag. 30: “La giurisprudenza è incline a riconoscere in questi casi un atto di consumo, dando prevalenza al fatto che non si tratta di atti della professione, ma al più di acquisti genericamente connessi ad essa: l'indagine non deve fondarsi sull'utilizzazione del bene o del servizio oggetto del contratto nell'ambito dell'attività professionale di colui che lo acquista, bensì sull'utilizzazione del contratto stesso, al fine di verificare se la conclusione di tale contratto sia o meno atto della professione di chi acquista, come lo è per la sua controparte. (Tribunale di Roma, 20 ottobre 1999, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 2117)

¹⁷⁷ DONA M., cit.: “Sul punto va segnalato un recente orientamento della Corte di Giustizia CE (CGCE, 20 gennaio 2005, C-464/01) che ha stabilito un criterio di natura quantitativa, seppur con riguardo all'interpretazione dell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles: <<un soggetto che ha stipulato un contratto relativo ad un bene destinato ad un uso in parte professionale ed in parte estraneo alla sua attività professionale non ha il diritto di avvalersi del beneficio delle regole di competenza specifiche previste dagli artt. 13-15 della detta Convenzione, a meno che l'uso professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo irrilevante a tale riguardo il fatto che predomini l'aspetto extra professionale.>>”

¹⁷⁸ L'utilizzo di una definizione che ruota intorno allo scopo personale del contratto, e non alla funzione socio-economica, è in effetti, estranea al nostro ordinamento. Invero, il diritto italiano prevede una generale irrilevanza giuridica dei motivi – a cui la parola “scopi” non può non rimandare, che divengono valutabili solo laddove siano illeciti, comuni alle parti e unico motore della volontà delle medesime. È necessario però osservare che la giurisprudenza si è, in epoca recente, sempre più avvicinata ad una nozione di causa come funzione “concreta” e, in qualche modo “individuale” del contratto, sino ad arrivare ad affermare che “la causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (cd. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato (...) la nozione di causa, intesa nel comune significato di funzione economico sociale del contratto non corrisponde (...) a quella che, dopo attenta riflessione della più recente dottrina, deve ritenersi concetto correttamente predicabile con riferimento al profilo oggettivo della struttura contrattuale” (Cass. Civ. 8 maggio 2006, n. 10490 in *I Contratti*, 2007, pag. 621, con nota di RIMOLDI F., *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*). Una tale nozione della funzione del negozio, aderente non ad un astratto interesse economico – pubblicistico dell'atto di autonomia privata, ma, al contrario, agli interessi messi in gioco dalle parti – per quanto obiettivi – sembrerebbe affondare le proprie radici negli stimoli provenienti dalla normazione di stampo comunitario e dai progetti di codificazione europea. “Il silenzio serbato al riguardo nei progetti di codificazione del diritto europeo dei contratti, ove non è dato rinvenire alcun espresso riferimento al concetto nostrano di causa (né alle sue declinazioni o ai suoi omologhi stranieri, prima tra tutti la *consideration* anglosassone), costituisce tangibile (e assai significativa) evidenza del fenomeno” (BESOZZI F., *La causa in concreto del contratto: un vero revirement?*, in *I Contratti*, n.11/07 pag. 1011). Se da un lato la dottrina ha parlato di “fine di un decennale equivoco” (ROLFI F., *La causa come funzione economico sociale: tramonto di un idolum tribus?*, in *Corr. Giur.*, 2006, pag. 1722 ss, ma, conformemente CASTRONOVO C., *Principi di diritto europeo dei contratti*, I –II, Milano, 2001) “non mancano, tuttavia, autorevoli opinioni critiche nei confronti di posizioni così nette, a testimonianza della poliedrica plasmabilità dell'elemento causale, che può essere piegato a nuovi fini, entro rinnovati schemi concettuali. In questa prospettiva, si è recentemente affermato che la persistente utilità del concetto di causa (in concreto), si può intravedere anche nella precipua funzione da esso svolta in riferimento all'operazione economica, intesa <<quale schema unificante l'intero assetto di interessi designato dall'autonomia privata che penetra all'interno delle singole cause che compongono il collegamento negoziale, qualificandole in concreto, a prescindere dalla causa tipica dei singoli schemi negoziali>>” (BESOZZI F., *La causa in concreto del contratto: un vero revirement?*, in *I Contratti*, n.11/07 pag. 1011, con citazione di GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. Dir.civ.*, 2003, I, 102 ss). (Per una disamina dell'evoluzione del concetto di causa in dottrina e giurisprudenza, e per un'analisi del concetto di causa concreta, “che allude allo scopo pratico”, si veda ALPA G., *La causa e il tipo, in i contratti in generale – tomo I*, a cura di GABRIELLI G., in *Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. - GABRIELLI G.,

dispone alcuna differenza tra un contratto che sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria di impresa o della professione, e un altro che venga stipulato per

UTET, 2006.) A ben vedere, una tale ricostruzione del concetto di causa e, quindi, di funzione del negozio, in cui quel che rileva sono gli “interessi messi in gioco dalle parti di un singolo determinato rapporto”, da significato all'espressione “scopi estranei alla professione”, poiché richiede appunto di valutare se gli interessi delle parti riguardino la sfera professionale, ed in tal senso sono intranee agli scopi professionali anche quelle operazioni strumentali, connesse alla professione, che non costituiscono atti della professione, bensì relativi alla professione (per usare le già citate parole di MINERVINI E., *I contratti dei consumatori, cit.*), ma che comunque pongono a fondamento del contratto gli interessi professionali di un soggetto. “Sembra allora che gli scopi non vadano collocati nella sfera dei motivi; in altre parole, l'interprete non deve svolgere una delicata indagine psicologica, bensì verificare le finalità oggettive dell'acquisto, come risultano dalle circostanze in cui è stato concluso il contratto, e dal contenuto e dalle modalità dello stesso.” (MINERVINI E., *cit.*, pag. 522) C'è da chiedersi se l'interpretazione di alcuna della giurisprudenza di merito – e di parte della dottrina – volta a restringere la sfera degli scopi professionali, attraverso un diverso utilizzo del concetto di funzione del rapporto, svincolata da analisi quantitative, non forzi invece il dettato della norma, per raggiungere obiettivi, che esulano da quelli contenuti nelle attuali disposizioni. Ed invero, riecheggiando le già citate parole di TULLIO L., *Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie...*, *cit.*, forse il problema non è nell'interpretare il dettato normativo sulla scorta del criterio della prevalenza (come operato dalla Corte di Giustizia CE), ma è nel fatto che il requisito della estraneità degli scopi all'attività professionale è insufficiente, e proprio per questo, è foriero di incertezza. Ed ancora, oltre all'incertezza, crea un quadro di sperequazione immotivata tra soggetti comunque deboli all'interno del rapporto contrattuale, comunque non in grado di esercitare un potere negoziale nei confronti della controparte e non in grado di ribaltare le asimmetrie economiche ed informative su terzi e di ammortizzarle nei costi dell'impresa, ma privati in ogni caso della tutela consumeristica. Ed ancora, è forse dovuta una riflessione sull'opportunità di estendere determinati aspetti della tutela consumeristica – quali, in particolare, le norme relative alle clausole abusive – a tutta la disciplina dei contratti, riconoscendo che determinati principi rispondono ad un più generale principio di correttezza contrattuale – di buona fede oggettiva – a cui devono essere improntati tutti i rapporti all'interno del mercato. (Sul punto vedi ROSSI CARLEO L., *art. 3 c.1 lett. f) codice*, in *Codice del consumo. Commentario, cit.*, pag. 100-101: “D'altra parte la disciplina dei contratti dei consumatori, sia pur limitandosi ai profili strettamente civilistici, proprio in ragione della sua funzione, ha profondamente segnato la disciplina dei contratti in generale in termini che, nella fase iniziale, venivano considerati di eccezione e che, diversamente, hanno indotto ad un adattamento, o meglio a un ripensamento, della disciplina dei contratti in generale [Si rinvia alle osservazioni di G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali*, Napoli, 1997, il quale ha individuato nella disciplina dei contratti del consumatore un fattore di arricchimento della parte generale del contratto, che viene ad accrescersi di nuovi principi, ai quali si deve riconoscere valenza assiologica e forza espansiva]. A conferma di ciò basti pensare alla crescente attenzione al contratto giusto, alla rilettura dello squilibrio e dell'usura nel contratto, al principio di proporzionalità”). Estensione che non parrebbe operabile in via interpretativa e che, al momento, dopo la pronuncia negativa della Corte Costituzionale n. 469 del 22 novembre 2002, sembra attuabile solo attraverso una rinnovata volontà legislativa. Volontà che, in verità, appare sempre più lontana alla luce dello spostamento delle norme sulle clausole abusive dal codice civile al codice di settore. È stato osservato che “ (...) ha condotto a circoscrivere l'area di applicazione della direttiva (93/13/CE) al più ridotto ambito definito dalla necessaria presenza di un consumatore o utente finale quale parte del contratto. La scelta appare discutibile. Sia perché ingiusta in sé; sia perché può determinare, in via mediata, la vanificazione della stessa ratio di protezione del consumatore finale, che la direttiva esplicitamente fa propria. Senza contare le difficoltà e le incertezze interpretative che si profilano nel momento di definire, in concreto, quel requisito costitutivo della figura del consumatore, che consiste nel suo agire per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale” (ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *RDC*, pag. 277-302, ma anche, conformemente, SCIANCALEPORE G. – STANZIONE P., *Commentario al codice del consumo*, IPSOA, 2006, pagg. 10-17

uno scopo soltanto connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale.¹⁷⁹

Aderendo quindi al dato letterale, e valutando l'uso del bene, e non l'uso del contratto, la dottrina, nell'escludere che i motivi psicologici e personali possano avere un qualche rilievo, suggerisce un'interpretazione oggettiva del concetto di scopo del bene, inteso come “il dato oggettivo della destinazione funzionale del bene, secondo un criterio di ragionevolezza (...) e con un accertamento di carattere oggettivo, che definisca, alla luce delle caratteristiche obiettive del bene e dell'operazione negoziale, il collegamento funzionale del contratto con una determinata attività imprenditoriale o professionale”.¹⁸⁰

Alla luce di una siffatta definizione, si comprende come parte della dottrina abbia finito per ritenere che chi conclude un contratto per uno scopo promiscuo sia sempre un consumatore¹⁸¹, o, comunque, che il passeggero di un trasporto aereo di persone su voli di linea o parificabili ai voli di linea, sia sempre un consumatore, non essendo ravvisabile, nel servizio oggettivamente considerato, un collegamento funzionale con una qualsivoglia attività lavorativa, in base a criteri di ragionevolezza, atteso che nulla, in tal senso, viene mai dedotto nel contratto¹⁸², ed atteso che l'oggettiva destinazione del servizio di trasporto di persone è di natura personale e non professionale.

Premessi gli incerti¹⁸³ limiti soggettivi dell'analisi circa la tutela del consumatore nell'ambito delle tre fattispecie del diniego d'imbarco, della cancellazione del volo e del ritardo aereo, e chiarito che, al contrario, nessun limite in tal senso è incontrato da un

¹⁷⁹ Cfr ALPA G. – PATTI S. – CARICATO C. – SCARPELLO A., *Repertorio di giurisprudenza delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Giuffrè, 2004, pag.24 ss. in cui sul punto si riporta Cass. Civ., 25 luglio 2001, n. 10127: “al fine dell'applicazione della disciplina di cui agli art. 1469 bis ss. C.c. relativa ai contratti del consumatore, deve essere considerato consumatore la persona fisica che, anche se svolge attività imprenditoriale o professionale, conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di detta attività.” Sul punto il già citato MINERVINI E.

¹⁸⁰ CARINGELLA F., *La nozione di consumatore*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di CARINGELLA F. – DE MARZO G., UTET, 2007, pag. 60

¹⁸¹ BIN M., *Clausole vessatorie: una svolta storica*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, II, pag. 431 ss.

¹⁸² Sul punto il già citato ROMANELLI G.. Peraltro, soccorre in tal senso l'applicazione dottrina e giurisprudenziale dell'art. 1225 c.c. alle ipotesi di ritardo aereo. Alla stregua del detto articolo, la giurisprudenza è costante nel ritenere che i danni patrimoniali cagionati dal ritardo all'attività lavorativa (perdita dell'appuntamento di lavoro o simili) non possono essere risarciti, se non in caso di dolo o colpa grave, perché non prevedibili, ossia non dedotti nel contratto, neppure indirettamente, neppure secondo un criterio di ragionevolezza. Orbene, se lo scopo, o meglio la connessione tra servizio e attività professionale non è prevedibile, allorquando è necessario definire l'ambito della risarcibilità del danno, non si vede come possa poi ritenersi ragionevolmente ed obiettivamente presente, quando ci si trova a definire il diverso ambito soggettivo di applicabilità della nozione di consumatore.

¹⁸³ Si è parlato in dottrina di “consumatore dai tratti somatici incerti”. Cfr TOMMASI F. – MELE V., *la legislazione per status. Tramonta la chimera della strutturale parità dei contraenti*, in *Contratti e tutela dei consumatori*, a cura di TOMMASI F., UTET, 2007

preliminare vaglio circa la vessatorietà dei contratti di trasporto (limitatamente alle fattispecie in esame) ai sensi dell'art. 1341 c.c., appare opportuno soffermarsi, per primo, proprio sulla disciplina contrattuale delle tre fattispecie.

3.2 Condizioni generali di contratto.

Il contratto di trasporto aereo è stipulato sulla base di condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte dal vettore che, nella maggior parte dei casi, è aderente alla IATA e, pertanto, si servirà obbligatoriamente¹⁸⁴ delle condizioni generali predisposte da codesta associazione di categoria.

Una normazione, internazionale ed europea, sempre più rigida e sempre più penetrante nell'autonomia privata, in materia di trasporto aereo, ha fatto sì che si andasse progressivamente sviluppando un contratto imposto, in cui ogni clausola è in realtà riprodotiva di norme di legge o di convenzioni internazionali.

Svolta, questa, non sgradita a quanti, anche in epoche relativamente remote, avevano ravvisato un eccessivo potere contrattuale in capo ai vettori aerei, ed una insufficienza, da parte della normativa vigente, nel contemperare gli interessi delle parti.¹⁸⁵

Ciò nonostante, le condizioni generali di contratto e di trasporto presentano elementi di vessatorietà, sia ai sensi dell'art. 1341 cc, sia ai sensi dell'art. 33 ss. cod. cons.

L'osservazione dà adito ad una serie di problematiche, legate sia alla disciplina dei contratti per adesione in generale, sia alla specificità del contratto di trasporto e, nella specie, di trasporto di linea, o parificabile a quello di linea.

¹⁸⁴ Le condizioni generali di contratto IATA sono obbligatorie per gli associati, mentre le condizioni generali di trasporto (a cui peraltro le prime rinviano) sono solo raccomandate. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, i vettori aderiscono *in toto* ad entrambe. Per una descrizione della struttura e dei compiti della IATA si veda MAREK ZYLICZ, *International Air Transport Law*, in *Utrecht Studies in Air and Space Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pag. 155-165

¹⁸⁵ ZENO ZENCOVICH, *Le nuove condizioni generali di contratto nel trasporto aereo*, in *Dir. Turismo*, IPSOA, n.2/2006: "sarà difficile – anche per chi è convinto che la libertà dell'impresa è fondamento dello sviluppo e benessere economico – levare la voce contro l'imminente occupazione comunitaria del contratto di trasporto aereo che sostituirà ad un non-contratto, un contratto imposto"; ALPA G., *Introduzione*, in ALPA G. – PATTI S.- CARICATO C. – SCARPELLO A., *Repertorio di giurisprudenza delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Giuffrè, 2004, pag. X: "Ecco perché in sede comunitaria – oltre ad un ripensamento della disciplina con una revisione generale della direttiva – si è fatta strada l'idea che sia più utile fare ricorso a modelli contrattuali uniformi, in cui, settore per settore, sia possibile instaurare rapporti negoziali tra imprese e consumatori depurati delle clausole vessatorie. In questo senso, verrebbe meno uno dei potenziali fattori di concorrenza tra le imprese, cioè la immissione sul mercato di contratti più allettanti per i consumatori perché più trasparenti. Ma la uniformazione delle clausole consentirebbe ai destinatari di beni e servizi di comparare più facilmente le condizioni contrattuali riguardanti la ripartizione, le modalità di pagamento del prezzo e così via".

Il primo problema che, all'indomani della direttiva 93/13/CE, gli interpreti si sono posti è sulla possibile coesistenza tra i due controlli, formale e sostanziale, sulle clausole del contratto.

Ed invero, ci si è chiesti quale fosse la necessità di vagliare la vessatorietà e preoccuparsi della formalità della doppia sottoscrizione, quando la medesima clausola poteva/doveva essere sanzionata sotto il profilo contenutistico, perché cagionante un significativo squilibrio normativo, ex art. 33 cod. cons.

Quel che appare, ad un'analisi più attenta, è che le due norme, in effetti, operano su piani distinti, e che, quindi, i due controlli possono legittimamente coesistere.

Ciò non solo perché il primo ha carattere, appunto, formale, preoccupandosi della conoscenza o conoscibilità delle condizioni generali e della specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie, mentre il secondo ha carattere chiaramente sostanziale, appuntando il proprio vaglio sul contenuto della clausola, e sull'equilibrio, in essa espresso, tra diritti e doveri delle parti.

Ed infatti le due discipline operano finanche in ambiti diversi, laddove la tutela prettamente consumeristica incontra i limiti soggettivi di cui al paragrafo precedente, e l'art. 1341 c.c. incontra un limite oggettivo, non condiviso dall'altra normativa. Infatti, "il legislatore del 1996 in definitiva, ha sganciato la disciplina dal mero presupposto della contrattazione in serie, riconoscendo utile in tal senso la contrapposizione professionista/consumatore. Il codice mutua dal sistema francese la contrapposizione fra professionista e consumatore, nonché la prospettiva, consistente nel prescindere dal necessario riferimento alla contrattazione in serie, per prendere in considerazione anche il contratto predisposto dal professionista per la regolazione del singolo rapporto. (...) L'aver disancorato la nuova disciplina dal requisito della contrattazione in serie, facendo leva invece sulla contrapposizione tra professionista e consumatore, consente di considerare giustificato il mantenimento degli artt. 1341 e 1342 c.c. Questi, con il loro meccanismo di controllo meramente formale, continueranno dunque ad applicarsi a tutti i contratti di serie tra professionisti, nonché a quelle contrattazioni di serie in cui nessuna delle parti sia qualificabile come professionista (...) Si applicheranno infine, i predetti articoli, anche alle contrattazioni contemplate dalla disciplina ex art. 1469 bis cc. (oggi art. 33 ss c. cons.)".¹⁸⁶

¹⁸⁶ SCIANCALEPORE G. – STANZIONE P., *Prassi contrattuali e tutela del consumatore*, Giuffrè, 2004, pag. 439ss

Alla luce delle considerazioni che precedono, laddove ci si trovi dinanzi ad un passeggero aereo qualificato come professionista, alle tutele previste dalla disciplina nazionale ed internazionale uniforme del trasporto aereo si sommerà solo il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.. Nel momento in cui, invece, il vettore si relazioni con un passeggero – consumatore, a dette tutele si aggiungerà sia il controllo sulla scorrettezza delle pratiche commerciali adottate (di cui si dirà *infra*), sia una preliminare verifica in ordine alla vessatorietà (ex art. 1341 c.c.) delle clausole contrattuali e, all'esito, un'analisi circa l'abusività (ex art. 33 ss cod. cons.) delle stesse.

Ciò posto, la particolare natura del contratto di trasporto aereo ha comunque sollevato dubbi circa l'applicabilità della disciplina ex art. 1341 c.c., in relazione all'art. 1679 c.c.. Ed infatti, la disposizione codicistica delle clausole vessatorie si fonda su due aspetti: il primo è quello della conoscibilità di tutte le clausole; il secondo è quello della doppia sottoscrizione della clausole che risultassero incluse nell'elenco di cui al secondo comma – che riporta l'elenco tassativo delle clausole inefficaci per la loro vessatorietà. Orbene, l'art. 1679 c.c., che si applica anche al trasporto aereo per l'espressa previsione dell'art. 1680 c.c., prevede che i trasporti pubblici che si esercitano su concessione dello stato debbono essere regolati da condizioni generali di contratto approvate dal Ministero dei Trasporti e rese pubbliche, e che dette condizioni generali di contratto sia inderogabili e, ove derogate, si sostituiscano alle clausole in deroga, con il meccanismo dell'inserzione automatica.

Il tenore della disposizione ha dato adito a costruzioni dottrinarie che ritenevano che le condizioni generali del contratto di trasporto, una volta approvate dal Ministero, assumessero natura di atto regolamentare¹⁸⁷ e, come tale, espressione di un potere istituzionale. Poiché il giudizio di vessatorietà non può riguardare disposizioni

¹⁸⁷ Sul punto, per una critica di questa posizione ed una disamina delle teorie succedutesi si veda DEL GIUDICE A., *Condizioni generali di trasporto*, in *Condizioni generali di contratto – vol.2*, a cura di BIANCA C.M., 1981, pag. 170, nonché IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA – BRANCA, pag. 65, nonché PATTI G., *Le condizioni generali di contratto predisposte, approvate o imposte dalla pubblica amministrazione*, in *Condizioni generali di contratto – vol.2*, a cura di BIANCA C.M., 1981, nonché la bibliografia in ROMANELLI G. – SILINGARDI G., *Trasporto nella navigazione marittima ed aerea*, in *Encicl. Giur., Treccani*, pag. 4, e in DUBOLINO P., *art. 1679*, in *Libro IV – Tomo VI*, a cura di SENOFONTE P. – DUBOLINO P. – CARNEVALE C. – GIORDANO G., in *Nuova Rassegna di Giurisprudenza del Codice Civile*, a cura di RUPERTO C. E SGROI V., Giuffrè, 1994. A favore della tesi normativa, ma con ricognizione bibliografica delle altre posizioni, si veda pure PAOLUCCI L.F., *Il trasporto di persone*, UTET, pag. 101-104.

normative¹⁸⁸, dette clausole ricevevano un'immediato esonero da qualsivoglia indagine di merito.

A sostegno dell'inapplicabilità dell'art. 1341 c.c., si è argomentato non solo in ordine alla natura dell'approvazione ministeriale delle condizioni generali di contratto, ma anche in relazione all'art. 1679 c.c., laddove dichiara che le condizioni medesime sono inderogabili e che l'eventuale clausola difforme è sostituita dalle condizioni generali di contratto, attraverso il meccanismo di inserzione automatica di clausole, che l'art. 1339 c.c. riserva alle norme imperative.

Accanto a tali riflessioni, parte della dottrina qualificava poi l'art. 1679 c.c. come una norma in bianco, potendo così farne discendere che la condizioni generale derivava la sua natura normativa direttamente dalla norma in bianco ad essa rinviate, e con il grado della medesima fonte rinviate.

L'esonero dal vaglio ex art. 1341 c.c., era stata sostenuta anche sulla scorta dell'inderogabilità assoluta¹⁸⁹ delle condizioni – del resto non pacifica in dottrina -, ritenendo che non avesse senso analizzare ed eventualmente dichiarare inefficaci le clausole che, comunque, dovevano essere applicate per esplicita indicazione del codice civile.

Tutti questi argomenti sono stati superati da un più recente approccio al sistema, che ha messo in luce le diversità dell'art. 1679 c.c. rispetto all'art. 1341 c.c. ed ha rilevato come le due disposizioni si muovano su piani differenti e, pertanto, concorrenti. “All'applicabilità dell'art. 1341 c.c. nonostante l'inderogabilità si può ugualmente giungere notando, in via preliminare, che la modificabilità delle condizioni non appare un requisito necessario per concretare la fattispecie dell'art.1341 c.c.; ma soprattutto osservando che le due norme non sono affatto incompatibili, perché diverso è il loro ambito di operatività: l'art. 1679 c.c. impedisce ogni modifica delle clausole delle condizioni generali di trasporto, mentre l'art. 1341 c.c. detta i requisiti di efficacia delle clausole stesse; nulla vieta dunque che una clausola, ancorché inderogabile ai sensi dell'art. 1679 c.c., sia inefficace ai sensi dell'art. 1341 c.c. In sostanza, le condizioni

¹⁸⁸ Il controllo sul contenuto di una norma non può essere demandato al giudice ordinario, esattamente come con un contratto stipulato tra parti private, ma può e deve essere eseguito unicamente nell'ambito di un controllo di costituzionalità. Vero è, però, che l'illegittimità di una clausola contrattuale, per contrarietà alla legge ordinaria viene invece operato dalla giurisprudenza ordinaria.

¹⁸⁹ La dottrina navigazionista non è però concorde nel ritenere che l'inderogabilità delle condizioni generali di contratto sia assoluta. Parte della dottrina, infatti, ritiene che le condizioni sia inderogabili solo *in peius* per il passeggero, mentre le deroghe *in melius* siano sempre ammesse. Sul punto ROMANELLI G., *cit.*, anche citato in Tullio L., *Condizioni generali di trasporto*, in *Dir. Trasp.*, 1995, pag. 734

generali di trasporto dei concessionari, in un primo momento sono assoggettate al controllo di efficacia di cui all'art. 1341 c.c.; in un secondo momento, e limitatamente alle clausole considerate efficaci, interviene l'art. 1679 c.c. a determinarne l'inderogabilità.”¹⁹⁰

Se pertanto, secondo tale impostazione, prevalente nella dottrina più recente, le discipline ex art. 1341 c.c. e 1679 c.c. debbono essere considerate coesistenti, è necessario porsi il dubbio in merito all'ambito operativo dell'art. 1679 c.c., sotto un duplice profilo: innanzitutto, la norma di rivolge a voli di linea, ed in secondo luogo, a voli effettuati su concessioni pubblica.

La dottrina ha da tempo sostenuto che le regole inerenti il volo di linea¹⁹¹ debbano essere estese ad una serie di voli cd. falsi *charters*, e ciò proprio alla luce del venir meno del secondo requisito, ovvero sia la concessione. Infatti, a seguito della liberalizzazione del trasporto aereo¹⁹² e della creazione del cielo unico europeo, attraverso i tre pacchetti normativi comunitari, gli Stati membri non rilasciano più concessioni, ma

¹⁹⁰ TULLIO L., *Condizioni generali di trasporto*, in *Dir. Trasp.*, 1995, pag. 734

¹⁹¹ SMIROLDO F., *L'art.8 sul rifiuto al trasporto e l'art. 1679 c.c.*, in *Spunti di studio su: le condizioni generali del trasporto aereo*, a cura di ROMANELLI G – TULLIO L., ISDIT, 1996, sub nota 9, pag. 131: “Manca nell'attuale normativa una precisa distinzione tra servizi aerei di linea e non di linea, distinzione formalmente introdotta dalla Convenzione di Chicago del 07.12.44 sull'Aviazione civile internazionale (resa esecutiva in Italia con il d.l. 6 marzo 1948 n.616, è oggi accettata praticamente da tutti gli stati). ROMANELLI G., *Il trasporto aereo di persone*, Padova, 1966, 95, ravvisa la periodica regolarità del servizio, su un determinato itinerario, con orari di partenza e di arrivo, il criterio distintivo adoperato dal codice della navigazione. RINALDI BACCELLI, *per un inquadramento sistematico del diritto della persona al trasporto pubblico*, in *Riv.dr.civ.*, 1991, II, 35, nt.56, evidenzia come “all'inizio dell'aviazione civile, la distinzione tra le due categorie era appunto disciplinata dai requisiti di regolarità del percorso e di accesso al pubblico, facendo praticamente coincidere anche nell'ordinamento interno la distinzione tra i servizi di linea e voli discontinui ed occasionali, i primi soggetti al regime concessorio ed i secondi al regime autorizzatorio”. Osserva quindi l'A. che è “l'essenzialità del servizio che finisce oggi per costituire il profilo fondamentale sul quale fondare la distinzione tra servizi aerei di linea e non di linea”. In tal senso vedi altresì il GRUPPO DI STUDIO PER L'ESAME DEGLI ASPETTI CONNESSI ALLA LIBERALIZZAZIONE DEL TRASPORTO AEREO IN EUROPA, in *Dir. e prat. av.civ.*, 1990, 21,34. In giurisprudenza, Pret. Roma 23 giugno 1989, in *dir.mar.*, 1990, 1116, 1112, ravvisa i connotati essenziali del servizio di linea nella “esecuzione del trasporto con frequenza regolare, destinazione e prezzi stabiliti, offerta indistintamente rivolta a tutto il pubblico”. Il recente Reg. CEE n. 2408/92 definisce i servizi aerei di linea quei voli “che sono effettuati, a titolo oneroso, da aeromobili adibiti al trasporto di passeggeri, di merci e/o di posta in modo tale che, su ogni volo, siano messi a disposizione del pubblico posti per acquisti individuali (direttamente dal vettore aereo o tramite sui agenti autorizzati)”. Secondo il medesimo regolamento, poi, i voli devono essere “effettuati in modo da assicurare il collegamento tra due o più aeroporti in base ad un orario pubblicato, oppure con regolarità di frequenza tali da costituire una serie sistematica evidente”.

Sul punto si veda anche ROMANELLI G. – SILINGARDI G., *Trasporto nella navigazione marittima ed aerea*, in *Encicl. Giur.*, Treccani, pag. 3

¹⁹² Per un'analisi sulla liberalizzazione nel settore aereo si veda: MUNARI F., *La liberalizzazione del trasporto aereo nell'Unione europea tra lotta alle discriminazioni e compressione delle competenze statali*, in *Dir. UE*, 2/99, p. 209 nonché GIRARDI P., *La terza fase della liberalizzazione del trasporto aereo in Europa: contenuti e problemi applicativi* in *Dir. trasp.*, 1993, p. 41 ss

semplici autorizzazioni, legate a criteri oggettivi di: sede, anche periferica, nel territorio comunitario e rispetto degli standard di sicurezza previsti dalle direttive specifiche.

E' stato allora osservato che: "il dettato in questione, pur se letteralmente circoscritto ai pubblici servizi di linea svolti in regime di concessione, appare applicabile anche a quelle attività aeronautiche che, pur se qualificate non di linea, abbiano peraltro la stessa sostanza di quelli, come i cd. falsi *charter* ed i trasporti di cui all'art. 2d del regolamento sui servizi aerei non di linea, in un'interpretazione evolutiva dell'oggetto della norma dell'art. 1679 c.c., per l'esigenza di tener conto dell'attuale "dissolvenza incrociata" tra concessione e semplice autorizzazione di attività di trasporto aereo, soprattutto ai sensi del ricordato terzo pacchetto di regolamenti del Consiglio CE sui servizi intracomunitari"¹⁹³

Svolte queste considerazioni preliminari, l'analisi può quindi volgersi al confronto tra le condizioni generali di contratto e trasporto aereo del passeggero, così come predisposte dalla IATA, e la disciplina codicistica.

Il primo comma dell'art. 1341 c.c. prescrive, innanzitutto, che le condizioni generali, per essere efficaci, debbono essere conosciute o conoscibili secondo l'ordinaria diligenza.

Orbene, un estratto delle condizioni generali è stampato, per previsione contrattuale, sul retro del biglietto aereo; tuttavia esso viene consegnato dopo il pagamento e, quindi, a contratto già concluso e pertanto, anche a voler ritenere esaustivo un semplice sunto delle condizioni contrattuali, non si può ritenere così assolto l'onere di renderle conoscibili, dal momento che la conoscibilità si realizza dopo il perfezionamento del contratto.

I vettori sono soliti – più ora che in epoche risalenti – affiggere negli aeroporti i regolamenti contrattuali. Anche questa forma di comunicazione potrebbe apparire, però, insufficiente.

Tuttavia, l'art. 1679 c.c. si limita ad affermare che le condizioni debbono essere rese note al pubblico – senza peraltro specificare come e dove. In tale espressione, diversa e più lieve della locuzione "rendere conoscibile", parte della dottrina ha ravvisato un

¹⁹³ BUSTI S., *Contratto di trasporto aereo, cit.*, pag. 130

affievolimento del requisito della conoscenza/conoscibilità, in deroga all'art. 1341 c.c., sulla scorta del principio *lex specialis derogat generali*.¹⁹⁴

I critici di tale impostazione ritengono che essa contraddica al principio di non coesistenza delle due norme sullo stesso piano, in base alla quale, tuttavia, sarebbe da ritenere sottoposte all'art. 1679 c.c. solo le clausole che superino il vaglio dell'art. 1341 c.c. che, al primo comma, prevede appunto la conoscenza o conoscibilità di ogni singola clausola.

L'argomentazione diviene, in verità, ancor più stringente laddove si pensi che, ai sensi dell'art. 33 cod. cons. (operante solo a favore del passeggero-consumatore), è abusiva la clausola sottoscritta senza averne avuto conoscenza.

Le esigenze di conoscibilità devono tuttavia essere mediate con le particolarità del contratto in questione, della sua natura e della rapidità della sua conclusione. Osservando la stipulazione del contratto aereo nel suo complesso, si può evidenziare come, seppur non si concordi con l'esistenza di una deroga ex art. 1679 c.c., tuttavia, la conoscibilità vada valutata sulla base della diligenza del passeggero nel conoscere, nell'informarsi. Pertanto, pur se parte della dottrina ritiene che le condizioni attualmente in uso siano tutte inefficaci per mancanza di conoscenza e conoscibilità, è probabilmente più aderente ad un'ottica di correttezza contrattuale ritenere che l'affissione delle condizioni – e la disponibilità a fornirne una copia su richiesta, possa assolvere alla funzione informativa.

Quando però l'affissione si limiti – come sovente accade – alle sole condizioni generali di contratto e non alle condizioni generali di trasporto ed ai regolamenti del vettore, che pure sono ampiamente richiamati nel contratto, allora non può non osservarsi come la conoscibilità diventi solo parziale e insufficiente.

Ben più complesso è poi il sistema della doppia sottoscrizione della clausola vessatoria, ai sensi dell'art. 1341 c. 2 c.c.. Ed invero, una volta respinte le teorie, che permettono alle condizioni generali di contratto in essere di non soggiacere alle prescrizioni del codice civile¹⁹⁵, non può non rilevarsi che determinate clausole (che vedremo nello specifico) prive della doppia sottoscrizione risultino inefficaci.

¹⁹⁴ TULLIO L., *cit.*: “Molto è stato detto sulla possibilità di applicare a tali condizioni il secondo comma dell'art. 1341 c.c. (il primo comma è comunque derogato dal primo comma dell'art. 1679 c.c., secondo cui le condizioni generali devono essere rese note al pubblico)”

¹⁹⁵ Alle già descritte costruzioni dottrinarie sulla natura normativa delle condizioni generali approvate dall'Autorità Amministrativa e sulla loro inserzione automatica ex art. 1339 c.c., si deve dare atto che altra dottrina le ha configurate come clausole d'uso, ex art. 1340 c.c. Tuttavia, anche in questo caso si

Il problema sta trovando soluzioni limitatamente agli acquisti *on line* compiuti direttamente sui siti dei vettori, atteso che nel riempire la schermata di prenotazione con i dati della carta di credito, usualmente viene prevista una finestra di lettura e doppia approvazione¹⁹⁶ delle condizioni generali di contratto e trasporto.

Al contrario, ciò tutt'oggi non avviene per gli acquisti in agenzia di viaggi o direttamente al *desk* del vettore, con la conseguenza che quest'ultimo, nell'includere nelle condizioni contrattuali delle clausole vessatorie, si assume il rischio di vedersi eccepire la loro inefficacia.

L'ultimo rilievo inerisce poi al fatto che il contratto sia stilato non dal singolo professionista, ma dalla sua associazione di riferimento.

Orbene, tale circostanza non muta la sua soggezione all'art. 1341 c.c., poiché resta, pur sempre, un contratto unilateralmente predisposto.¹⁹⁷

impongono alcune riflessioni. In primo luogo, si tratterebbe comunque di usi contrattuali e non normativi. In secondo luogo, non sembrano in realtà possedere i requisiti per configurare un uso. Infatti la IATA ha la tendenza a mutare le condizioni contrattuali, in base alle esigenze e ai cambiamenti sia delle leggi che del mercato. Questa variabilità è comunque esercitata anche dai singoli vettori che recepiscono le indicazioni IATA. Inoltre, non parrebbe esistere, in capo ai passeggeri, un'*opinio iuris ac necessitatis* nei confronti delle clausole contrattuali. Sul punto si veda BUSTI S., *contratto di trasporto aereo, cit.*... Inoltre, la dottrina ha sollevato dubbi circa il fatto che una clausola d'uso – quando l'uso non sia normativo – possa sfuggire all'applicazione dell'art. 1341 c.c.. Sul punto si veda MINERVINI E., *i contratti dei consumatori, op. ult. cit.*, nonché BIANCA C.M., *Condizioni generali di contratto*, in *Encl. del diritto*, Treccani, pag. 4: “d'altro canto deve escludersi che per questa via l'aderente possa essere assoggettato a clausole vessatorie non specificamente accettate. Le clausole d'uso sono infatti pur sempre clausole negoziali. Esse hanno la particolarità di essere presuntivamente incluse nel contenuto del contratto, ma per il resto esse soggiacciono alla disciplina negoziale. In particolare, tali clausole, pur essendo divenute d'uso comune, sono egualmente qualificabili come condizioni generali se risultano unilateralmente elaborate ed utilizzate dagli imprenditori del settore o da loro organizzazioni di categoria. Ne consegue allora che esse come clausole d'uso si presumono accettate dall'aderente ma se hanno il carattere della vessatorietà la presunta accettazione non basta, occorrendo il requisito formale della specifica accettazione scritta. Tali rilievi non varrebbero rispetto agli usi normativi, che si pongono quale fonte esterna d'integrazione del contratto (art. 1374 c.c.). Deve escludersi tuttavia, che una clausola vessatoria possa acquistare efficacia in base ad usi normativi, in quanto questi usi incontrano il limite della legge. In particolare, gli usi normativi sono chiamati ad integrare il contratto in mancanza di una regola legislativa. Ora, le clausole vessatorie costituiscono altrettante deroghe alla legge dispositiva del contratto, e tali deroghe non potrebbero quindi aver titolo negli usi?”

¹⁹⁶ Sulla validità delle sottoscrizioni *on line* si veda in BUSTI S., *contratto di trasporto aereo, cit.*...

¹⁹⁷ Sul punto MINERVINI E., *I contratti dei consumatori, cit.*, pag. 539-540: “Tuttavia permangono dubbi in merito a talune fattispecie, che potrebbero essere considerate di confine, in cui il contratto viene predisposto (non dal professionista bensì) da terzi: in altre parole, il professionista si avvale di schemi contrattuali redatti da altri, su suo incarico (ad esempio notaio, avvocato etc...) oppure no (ad esempio associazione di categoria, altro professionista etc...). Al quesito va data risposta negativa: non sussistono trattativa. In tal senso militano in equivoci elementi testuali, desumibili dalla dir. 93/13/CE. L'art. 3, par. 2, proposizione prima, della direttiva (non riprodotta dal legislatore italiano), discorre di redazione preventiva delle clausole, senza aggiungere, come avrebbe ben potuto, “ad opera del professionista”. Del resto, l'esigenza di tutela del consumatore è la medesima, sia nell'ipotesi di predisposizione del contratto da parte del professionista, sia in quella di utilizzazione da parte del professionista del contratto di altri (TROIANO, *L'ambito oggettivo di applicazione della direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a

Diversamente si sarebbe potuto argomentare, se la IATA avesse predisposto la propria Recommended Practice in concerto con associazioni rappresentative dei passeggeri – o meglio dei consumatori.

Ed infatti, parte della dottrina ritiene che la concertazione tra associazioni di categoria, rappresentative delle contrapposte parti, possa sostituire la doppia sottoscrizione e, quindi, superare la vessatorietà.¹⁹⁸

Posizione, questa, che parte della dottrina estende anche alle trattative ex art. 33 cod.cons., ritenendo che una concertazione tra i rappresentati delle parti equivalga appunto alla trattativa¹⁹⁹.

La IATA non ha però mai ritenuto di sfruttare questa via, per esonerare le proprie *practices* dal controllo di vessatorietà.²⁰⁰

Una volta verificata la validità delle singole clausole, in base ai requisiti di cui all'art. 1341 c.1 e 2 c.c., le condizioni generali di contratto e di trasporto dovranno poi essere vagliate alla luce della già citata disciplina ex art. 33 ss cod. cons.

cura di BIANCA C.M. – ALPA G., Cedam, 1996, pag. 643 ss; CASOLA, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di BARENGHI, Jovene, 1996, pag. 110)”

¹⁹⁸ BIANCA C.M., *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. del diritto*, Treccani: “Analoga soluzione può ammettersi quando il testo è concordato dalle associazioni di categoria. Al riguardo la giurisprudenza osserva che il testo contrattuale non è il risultato della prevalenza di un contraente più forte (cfr. Cass. 26 ottobre 1976, n. 3882) (...). Piuttosto con riferimento al testo negoziato dalle contrapposte organizzazioni di categoria deve dirsi che manca il presupposto della predisposizione unilaterale del testo in quanto l'intervento di organizzazioni di categoria sufficientemente rappresentative importa che il testo sia negoziato nell'interesse di entrambe le parti”

¹⁹⁹ Di parere diametralmente opposto altra parte della dottrina, che muove il proprio ragionamento proprio dell'esegesi dell'art. 33 cod. cons., che specificamente parla di “trattative individuali”, con ciò escludendo la possibilità di una concertazione “collettiva”, che superi i controlli di abusività. Sul punto MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, *op. ult. cit.*, pag. 539-540: “Ancora, può avvenire che i terzi che predispongono il contratto siano le contrapposte associazioni di categoria (ad esempio contratti collettivi ed accordi economici collettivi). La specificazione, contenuta nell'art. 34 c.4 cod. cons. (già art. 1469 *ter* c.4) che si deve trattare di trattativa “individuale”, induce a ritenere che la contrattazione collettiva non sia idonea a sottrarre la clausola al giudizio di vessatorietà (contra il citato TROIANO – SCARANO, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di ALPA G. – PATTI S., Giuffrè, 2003, pag. 970)”

²⁰⁰ Una critica al comportamento della IATA, che ha sottovalutato o, meglio, rifiutato di considerare le conseguenze di un confronto tra la Recommended Practice 1724 e le legislazioni nazionali sulle condizioni generali di contratto e la disciplina europea delle clausole abusive è venuta, all'indomani dell'azione della citata *practice 1724*, dalla 15esima Conferenza IFTTA, in Monaco, 06.06.03. Si veda negli atti del convegno Tonner Klaus – Hauptstock A., *Air Passenger Contract: IATA Recommendation 1724 and Standard Terms Control by National Regulations*: “IATA is no international organization, and so their recommendation are not part of international o supernational law, but mere general conditions, which must become part of the contract following the rules of national laws and which do not take any precedence over national law, quite the contrary, the IATA conditions must comply with the rules of every single national law, where they shall apply to air transport contracts. (...) Even if the conditions of transportation were used homogeneously in all countries whose air carriers are members of IATA the conditions could not claim the status of international general conditions with the consequence that they would be exempted from the judicial review of their contents. (...) the case demonstrated clearly that the aim of IATA to produce a harmonized world wide form of air transportation contracts failed.”

Ed infatti, come pocanzi specificato, la dottrina maggioritaria ritiene che le due discipline operino su piani diversi e concorrenti, nel fornire l'una, una tutela formale, l'altra, una tutela sostanziale, limitata alla sola figura del contraente consumatore, nei suoi rapporti con un professionista.

Il giudizio di vessatorietà ex art. 33 cod. cons. si fonda sulla valutazione dell'esistenza di un significativo squilibrio normativo²⁰¹, “malgrado la buona fede”²⁰², da valutarsi alla luce della natura e dell'oggetto del contratto, nonché delle circostanze in cui è stato concluso, e dei contratti ad esso collegati.²⁰³

Agevola la verifica di questi presupposti l'esistenza di due liste di clausole presuntivamente vessatorie, l'una salvo trattative, l'altra, anche in presenza di trattative.²⁰⁴

Tra le clausole della cd. *black list*, va particolarmente sottolineata, agli scopi della presente disamina, l'inclusione della clausola che riduca od escluda la responsabilità del professionista in caso di danno alla persona o di morte; per quanto concerne invece la lista grigia, si desidera evidenziare la presenza di: la clausola che permetta al professionista di trattenere le somme versate in caso di recesso del consumatore, senza che sia previsto, in caso di recesso del professionista medesimo, il versamento del doppio della medesima somma; la clausola che prevede il trattenimento di somme eccessivamente onerose in caso di inadempimento del consumatore.

3.2.a Analisi delle singole clausole sotto il profilo di vessatorietà ex art. 1341 c.c. e ex art. 33 ss. cod. cons.

²⁰¹ Sul significativo squilibrio si veda MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore...*, cit..

²⁰² Sull'espressione “malgrado la buona fede” e la sua interpretazione, oltre al già citato MINERVINI E., si desidera rinviare a DONA M., *il codice del consumo*, cit., pag. 62 ed alla bibliografia ivi citata, nonché ricordare l'espressione di TULLIO L., cit. che ebbe a parlare di “responsabilità del traduttore da prodotto difettoso”.

²⁰³ Sulla necessità di osservare la clausola non solo nell'ambito del contratto, ma nell'ambito dei contratti collegati a quello in esame si veda, tra i tanti LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in Foro It., 1996, parte V, col. 145: “in un contesto siffatto ed impregiudicato il quesito sul fondamento giuridico del collegamento, l'art. 1469 ter c.1 viene ora a fornire proprio la base normativa mancante per un'interpretazione unitaria dei negozi collegati: dinanzi ai contratti, tra i quali sia accertato un collegamento, l'interprete potrà e dovrà quindi procedere ad una valutazione d'insieme. Di più: la norma in esame non si limita ad introdurre un canone ermeneutico globale, ma sancisce una precisa regola in punto di effetti: nell'ipotesi di collegamento negoziale il significativo squilibrio di una clausola deve stimarsi avuto riguardo all'operazione complessiva”

²⁰⁴ Per un'analisi della natura della tassatività delle due liste si veda MINERVINI E., *Il contratto del consumatore...*, cit..

Date le premesse sin qui tratteggiate, e limitando l'analisi alle sole clausole inerenti il diniego d'imbarco, il ritardo e la cancellazione del volo, la dottrina e la giurisprudenza hanno appuntato l'attenzione sulle seguenti parti del contratto di trasporto proposto dalla IATA: l'art. 7, in cui prevede i casi in cui il vettore può unilateralmente negare l'imbarco; l'art. 6, in cui si prevede il diritto del vettore di cancellare il posto in caso di mancata presentazione in orario al check-in (cd. *check-in time limit*), oltre il quale il vettore può cancellare il posto e riassegnarlo ad altro soggetto; l'art. 9.1, in cui esclude gli orari dei voli dal contenuto del contratto; l'art. 9.2.3 in cui limita la propria responsabilità in caso di ritardo o cancellazione del volo alla sola refusione del prezzo del biglietto; l'art. 15, che prevede il regime di responsabilità e le limitazioni di responsabilità, in particolare laddove (art. 15.1.2(b)) nega la responsabilità solidale tra vettore di fatto e vettore di contratto.

Queste clausole debbono essere confrontate con gli otto "tipi" di clausole vessatorie²⁰⁵ ex art. 1341 c.2 c.c.: ovverosia clausole che: stabiliscono limitazioni di responsabilità a favore del proponente²⁰⁶; prevedono facoltà di recesso o sospensione dell'esecuzione in capo al proponente; statuiscono decadenza a carico dell'aderente²⁰⁷; limitano le eccezioni proponibili dall'aderente; limitano la libertà contrattuale dell'aderente nei confronti dei terzi; prevedono una rinnovazione o proroga tacita del contratto o limitano i tempi ed i modi della disdetta; prevedono deroghe alla competenza²⁰⁸ e clausole compromissorie.

In particolare, giova precisare, preliminarmente all'analisi specifica delle su indicate clausole, che la specificazione del contenuto di un contratto può integrare clausole vessatorie, della specie limitativa della responsabilità. Infatti, laddove la precisazione dell'oggetto ha l'effetto, sul piano sostanziale, di esonerare da una responsabilità, di eliminare un rischio dal contratto, oppure di ridurre il danno risarcibile, allora si attua, comunque, una limitazione di responsabilità vessatoria.²⁰⁹

²⁰⁵ Per un'analisi dettagliata dei tipi di clausole, e per la bibliografia in ordine alla tassatività dell'elenco si veda il già citato MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, nonché BIANCA C.M., *Le condizioni generali, cit. e Le condizioni generali di contratto*, Vol. 1, a cura di BIANCA C.M., Giuffrè, 1979

²⁰⁶ Nel rispetto di quanto previsto dall'art. 1229 c.c., in merito al divieto di esclusione di responsabilità per dolo o colpa grave

²⁰⁷ Nei limiti del rispetto dell'art. 2965 c.c.

²⁰⁸ Si discute in dottrina circa la vessatorietà della clausola contrattuale sulla giurisdizione, nei contratti internazionali, atteso il dettato normativo, che parla di sola competenza.

²⁰⁹ In tal senso si veda Cass., 7 febbraio 1979, n. 816

Occorre poi chiarire che, nelle condizioni generali di trasporto aereo, vi sono una serie di clausole che parrebbero integrare uno dei tipi su indicati, ma, in realtà, non fanno altro che riprodurre il testo della Convenzione di Montreal, che, in via normativa, impone sia limiti di responsabilità, sia decadenze, sia norme di competenza internazionale, tutte inderogabili.²¹⁰

Sotto il profilo del diniego d'imbarco

Prima clausola attinta dal giudizio di vessatorietà è quella dell'art. 6 Recommended Practice 1754 IATA, riprodotta all'art. 6 delle condizioni generali di trasporto Alitalia, che sancisce il diritto del vettore di cancellare e riallocare il posto di un passeggero che non si presenti al *desk* dell'operatore nel *check-in time limit*. Tale tempo è di quarantacinque minuti prima della partenza (per espressa previsione della condizioni generali di contratto²¹¹), se non diversamente indicato dal vettore nel contratto (e, quindi, riportato nel biglietto, e reso noto nel pubblicare il contratto).

La clausola è apparsa, a parte della giurisprudenza di merito²¹², conferire un unilaterale diritto di recesso dal contratto. Orbene, una tale previsione integra la vessatorietà ex art. 1341 c.c. c.2, anche in presenza di reciprocità di diritti di recesso²¹³, quando tale recesso non sia previsto dalla legge. Tuttavia, ad un esame più attento, il comportamento del vettore, che riallochi il posto all'atto della mancata presentazione del passeggero, non dovrebbe essere inteso come un recesso, ma, piuttosto, una risoluzione per inadempimento e, pertanto, la clausola che prevede la riallocazione del posto in conseguenza dell'inadempimento del viaggiatore, dovrebbe ritenersi una clausola risolutiva espressa, che, come tale, “non è vessatoria in quanto il

²¹⁰ “Il controllo finirà, allora, per interessare non le clausole negoziali riproduttive, ma le norme di diritto oggettivo, sotto il profilo della legittimità (per le norme regolamentari) o della costituzionalità (per le leggi in senso formale), oltre, ovviamente, la contrarietà dell'uso a norma di legge.” BUSTI S., *contratto di trasporto aereo*, cit. pag. 148

²¹¹ Tale tempo limite è indicato anche dal Reg. 261/04/CE, che presuppone che il passeggero non si sia comunque presentato con un anticipo minore al check-in; difatti, in tal caso non avrebbe accesso alla tutela per *overbooking*. Tale disposizione, pur se applicabile unicamente ai voli rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria, indicano, quanto meno in relazione ai suddetti voli, l'esistenza di un obbligo di legge, che impone al creditore questo specifico comportamento diligente, consistente della puntualità di presentazione al *board*. Tutto ciò, come si vedrà *ultra* elide una configurabilità di vessatorietà della clausola in esame.

²¹² Corte Appello Bari con nota di BONFANTONI C., in *Dir. Trasp.*, n. 2/90, pag. 243 ss.

²¹³ Cass. n. 3161 del 08.10.68 in Bianca C.M., *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. Giur.*, Treccani

predisponente avrebbe comunque diritto di ottenere la risoluzione per inadempimento dell'aderente (cfr Cass. N. 2190 del 6 maggio 1978)²¹⁴.

Nel senso di ritenere il passeggero in ritardo al *check-in* come inadempiente depongono una serie di considerazioni. Innanzitutto, la puntuale presentazione all'imbarco costituisce comportamento necessario per permettere il corretto adempimento al vettore-debitore e, quindi, sostanzia quegli obblighi di collaborazione del creditore²¹⁵, che fanno parte della diligenza imposta quale condotta contrattuale. Infine, uno specifico obbligo in tal senso è da rinvenire sia nel Reg. 261/04/CE (limitatamente al suo ambito di applicazione), sia nell'art. 946 cod. nav.²¹⁶, laddove entrambe le norme prevedono l'obbligo di puntualità nella presentazione all'imbarco.

Tuttavia, appare opportuno soffermarsi su un altro particolare.

Se è vero che l'inadempimento del passeggero-creditore giustifica la risoluzione del contratto da parte del vettore, appare però privo di fondamento giuridico il conseguente comportamento del vettore –debitore, laddove risolve sì il contratto, ma trattiene il prezzo, già conseguito, della prestazione non effettuata o, comunque, vincola la restituzione di detto prezzo ad un piano tariffario specifico – e più oneroso, e, contemporaneamente, riutilizza il posto, imbarcando altro passeggero rispetto a quello non presentatosi²¹⁷.

Ed invero, nelle condizioni generali di trasporto il prezzo non viene né determinato, né qualificato come caparra. La quantificazione della controprestazione è demandata alle condizioni generali di contratto che, sovente, rimandano ai regolamenti dei vettori, per un completo esame dei piani tariffari.

Ciò solleva due distinte problematiche: la prima, in ordine alla conoscibilità del piano tariffario contenuto per estratto nelle condizioni generali di contratto, sovente con un rinvio ai regolamenti citati; la seconda in ordine alla vessatorietà, ex art. 1341 c.c., della previsione di una caparra.

²¹⁴ Bianca C.M., *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. Giur.*, Treccani, pag.5

²¹⁵ Sul punto Cass. N. 9854 del 25.08.1992 in riforma Corte Appello Bari del 21.10.88, con nota di SIA A.M. – ZANELLI A., in *Dir. Trasp.*, 1994, pag. 523 ss., ma anche Busti S., *La responsabilità del vettore aereo per danni da ritardo*, cit., pag. 157: “la clausola in questione può addirittura essere considerata sotto il profilo degli oneri di cooperazione richiesti al viaggiatore...”

²¹⁶ Art. 946 (Mancata partenza del passeggero). - Il passeggero, se non si presenta all'imbarco nel tempo stabilito, paga l'intero prezzo di passaggio. Tuttavia, il prezzo di passaggio non è dovuto e quello già pagato è restituito, se il vettore acconsente all'imbarco di un altro passeggero in sostituzione di quello non presentatosi.

²¹⁷ Ciò è possibile solo nel caso in cui il vettore abbia una lista d'attesa o, altrimenti, nel caso in cui abbia adottato la pratica dell'*overbooking*, proprio per far fronte al *no show* eventuale di alcuni passeggeri.

Quanto al primo problema, qualora si aderisca all'impostazione che vuole l'art. 1679 c.c. aver sostituito il criterio di "pubblicità" a quello di conoscibilità e, quindi, aver ampliato i doveri di diligenza dell'aderente, allora si deve ritenere che il medesimo ragionamento sottostia anche alla diffusione dei regolamenti del vettore e dei piani tariffari.

In ordine, invece, alla vessatorietà ex art. 1341 c.2 c.c. della previsione dell'intero prezzo quale caparra, e della specie della caparra penitenziale, l'analisi non parrebbe lasciar spazio alla sussunzione di quest'ultima in alcuno dei tipi di clausole vessatorie, sia per l'impossibilità di analogie, attesa la tassatività dell'elenco codicistico, sia perché astrattamente il contraente adempiente che risolve il contratto avrebbe comunque diritto ad agire per il risarcimento del danno.²¹⁸

E' infine opportuno verificare se la mancata puntuale presentazione del passeggero possa configurare non un inadempimento (o meglio inesatto adempimento), quanto piuttosto un recesso, sia pur tacito. Contro una tale impostazione depongono due osservazioni.

La prima è che, laddove il passeggero si presenti in ritardo al *check-in*, egli comunque reclama la prestazione e, pertanto, l'art.6 in questione si occupa del diritto (in capo al vettore) di negare il trasporto al soggetto (inadempiente) che ne pretende l'esecuzione. Contrariamente, infatti, si verserebbe nella diversa situazione regolamentata dall'art. 5.6 c.g.t. IATA (art. 5 c.g.t. Alitalia), che disciplina la reazione del vettore al *no show* del passeggero.

Anche in questo caso, le c.g.t. nulla dicono in merito alla restituzione o meno del prezzo già pagato dal passeggero, che rimane regolata dal piano tariffario. Quel che invece viene stabilito per il recesso del passeggero è che, di conseguenza, il vettore ha diritto ad annullare le eventuali coincidenze (*onward reservation*) e l'eventuale volo di ritorno (nel caso di un unico contratto andata e ritorno).

Anche in questo caso, tuttavia, non parrebbe di poter tacciare di vessatorietà questa clausola, atteso che il contratto di trasporto risulta già esser stato sciolto dal passeggero recedente²¹⁹, e, quindi, sarebbe contrario alla buona fede che il contraente adempiente

²¹⁸ Analogo ragionamento di è seguito in dottrina per quanto concerne la vessatorietà della clausola penale. Si veda in proposito DELOGU L., *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, CEDAM, 2000, p. 247 ss.

²¹⁹ Diverso invece è il caso di contratti per singoli voli, in cui, quindi, il rapporto sciolto dal recesso del passeggero è solo quello relativo al singolo volo.

resti vincolato ad un adempimento che la controparte ha già dichiarato – tacitamente - di non volere.²²⁰

Spostando l'analisi delle medesime due clausole dal confronto con la disciplina ex art. 1341 c.c. a quella ex art. 33 ss. cod. con., si impongono ulteriori riflessioni.

Fermo restando che la situazione contemplata dall'art. 6 c.g.t. non è qualificabile come recesso del vettore, ma come inadempimento del creditore- passeggero, resta da verificare se il trattenimento del prezzo, secondo il piano tariffario previsto dalle condizioni generali di contratto e dal regolamento vettoriale, (ed anche in caso di sostituzione del passeggero, e quindi ai sensi del secondo comma dell'art. 946 cod. nav.) configuri o meno una clausola vessatoria ex art. 33 cod. cons.

Giova a tal proposito ricordare che la vessatorietà di una clausola deve essere valutata non considerandola in modo isolato, ma tenendo presente: la natura del contratto e dell'oggetto e le circostanze che hanno indotto alla stipulazione, nonché tutte le clausole del contratto, nel loro insieme.

Allora, se è vero che il vettore impone il pagamento di una prestazione non conseguita (pur se per colpa del creditore) è pur vero che tale clausola è ancorata ad una diminuzione del prezzo (ben potendo il consumatore pretendere la totale flessibilità del biglietto in cambio del pagamento di un maggior prezzo). Ed allora, “in quest'ottica ben si potrà tener conto della clausola relativa al prezzo, siccome una delle altre clausole del contratto. Di più: si dovrà tenere precipuo conto di essa, proprio perché l'eventuale squilibrio di alcune clausole può essere senz'altro riequilibrato da un prezzo conveniente. Non diversamente, d'altronde, in uno dei considerando della direttiva 93/13/CEE si leggeva “nella valutazione del carattere abusivo di altre clausole si può comunque tener conto dell'oggetto principale del contratto e del rapporto qualità/prezzo”²²¹.

Ciò ha ancor più fondatezza alla luce del disposto dell'art. 33 lett. f) cod. cons., che non taccia di vessatorietà il pagamento di una somma di denaro in caso di

²²⁰ Ragionando in analogia: non si può pretendere l'adempimento dopo aver agito per la risoluzione. Sul punto si vedano anche le considerazioni in ordine alla diffida svolte da Cass. Civ. n. 23315 del 08.11.2007 nonché espresse nella nota a tale sentenza di VESPASIANI TOSCHI F., *Diffida ad adempiere e disponibilità degli effetti risolutivi*, in *I Contratti*, n. 5/08, pag. 437 ss.

²²¹ LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, col. 145: “consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere”

inadempimento o ritardo del consumatore, se non nel caso in cui sia “d’importo manifestamente eccessivo”, con ciò ancorando nettamente la valutazione all’analisi qualità/prezzo del prodotto/servizio.

Più attenta riflessione merita invece l’art. 5, laddove preveda il *no show* del passeggero, letto in combinato disposto con il piano tariffario delle condizioni generali di contratto, che stabilisce, per le tariffe economiche (e con biglietto non flessibile) la non restituzione del prezzo del biglietto o, in altri casi, il pagamento di una penale per poter riutilizzare il titolo di viaggio su altro aeromobile, ma che, in ogni caso, nega la restituzione del prezzo già corrisposto.

Ed infatti, l’art. 33 lett. e) cod. cons. prevede la presunzione di vessatorietà della clausola che permette al professionista di trattenere il prezzo già ricevuto in caso di recesso del consumatore, senza prevedere che, in caso reciproco, il professionista debba versare il doppio della medesima somma.

Orbene, nei fatti né le c.g.t. né le c.g.c. dicono alcunché sul punto.

Prima facie sembrerebbe quindi che al clausola integri l’abusività. Un’analisi più attenta, collegata alla natura del contratto, pone però in luce che il vettore non può mai recedere *tout court* dal contratto, proprio per la sua natura di esercente un pubblico servizio, legato all’obbligo di contrarre. Neppure in caso di cancellazione del volo è possibile parlare di recesso del vettore, atteso che costui resta obbligato ad eseguire il trasporto, riprotegendo il passeggero su un altro aeromobile. Ed infatti la cancellazione, così come il diniego di imbarco, integrano non già forme di recesso, ma, al contrario, forme di inadempimento od inesatto adempimento, al momento dell’esecuzione di un contratto già perfetto.

Considerato ciò, anche questa clausola appare sfuggire alla qualificazione di abusività ex art. 33 cod. cons..

Sempre in tema di clausole concernenti i dinieghi di imbarco (e quindi inerenti il recesso -o apparente recesso- del professionista) la dottrina ha appuntato la propria attenzione sull’art. 7c.g.t. IATA (art.7 Alitalia) relativo ai casi in cui il vettore può negare il trasporto²²². La clausola prevede una serie di situazioni in cui, per la sicurezza

²²² “Il vettore può rifiutare di trasportare qualsiasi passeggero o il suo bagaglio per motivi di sicurezza, ovvero qualora:

- a) Ritenga che ciò sia necessario per il rispetto di leggi, regolamenti o norme di qualsiasi Stato di partenza, destinazione o da sorvolare; ovvero il trasporto del suo bagaglio possa costituire una minaccia per la sicurezza o per la salute degli altri passeggeri o possa materialmente rendere non adeguatamente confortevole il viaggio degli altri passeggeri o dell’equipaggio;

del volo e degli altri passeggeri, per il rispetto di norme imperative e per la tutela dell'ordine pubblico, il vettore può rifiutare l'imbarco ad un determinato soggetto, in ragione delle sua qualità o della sua condotta.

Prima facie la norma parrebbe, ancor prima che vessatoria, contraria all'art. 1679cc, che impone l'obbligo di contrarre nei servizi di linea²²³.

Tuttavia, ad una più attenta osservazione, il rifiuto della prestazione si attesta in un quadro di tutela di superiori interessi, quali l'ordine pubblico e l'incolumità dei viaggiatori. Sorge però il dubbio sulla validità/vessatorietà della clausola laddove i limiti dell'incolumità del passeggero sono abbandonati all'arbitrio del vettore²²⁴. Sul punto non possono che soccorrere – oltre ai principi costituzionali - le norme specifiche in materia, ad esempio, di trasporto di soggetti con mobilità ridotta o in merito agli oggetti di cui è proibito l'imbarco. Solo il raffronto con codesta normativa

- b) Il comportamento, età, stato fisico o mentale del passeggero siano tali da: richiedere un'assistenza speciale da parte del vettore e le modalità di tale trasporto non siano state preventivamente concordate con il vettore stesso; ovvero causare disagio o disturbo o comunque provocare giustificate lamentele da parte di altri passeggeri; ovvero provocare rischi o pericoli a sé stesso o ad altre persone o cose; ovvero
- c) Ciò sia giustificato per la mancata osservanza da parte del passeggero delle istruzioni legittimamente fornite dal vettore; ovvero il passeggero si sia reso responsabile di una condotta illecita od indisciplinata su un volo precedente e vi sia il rischio che tale condotta possa ripetersi;
- d) Il passeggero si sia rifiutato di sottoporsi ai controlli di sicurezza;
- e) Non siano state pagate le tariffe applicabili, le tasse dovute ed ogni altra spesa accessoria, ovvero il passeggero non sia in possesso di documenti di viaggio in corso di validità;
- f) Il passeggero non risulti in possesso di valida documentazione di viaggio necessaria per l'ingresso in un paese di transito del volo o per l'ingresso nel paese di destinazione finale del volo stesso;
- g) Il passeggero abbia distrutto i documenti di viaggio durante il volo o si sia rifiutato di esibirli al personale di bordo;
- h) Il biglietto presentato dal passeggero: sia stato ottenuto illegalmente ovvero sia stato acquistato da un soggetto diverso dal vettore o suo agente autorizzato; ovvero sia stato segnalato come smarrito o rubato; ovvero sia stato contraffatto; ovvero sia stato alterato o reso incompleto da soggetto diverso dal vettore o suo agente autorizzato anche in un solo tagliando di volo; sia stato intestato ad un nominativo non corrispondente all'identità della persona che esibisce il biglietto:
fermo restando che nei suddetti casi il vettore si riserva il diritto di ritirare il biglietto stesso:
 - i) Il passeggero non abbia rispettato i requisiti di cui all'art. 3 concernenti l'ordine progressivo dei tagliandi di volo ed il loro uso, o presenti un biglietto che sia stato rilasciato o che sia stato alterato in qualsiasi modo da soggetto diverso dal vettore o da suo agente autorizzato;
 - j) Il passeggero non abbia rispettato le istruzioni del vettore per quanto concerne la sicurezza del volo”

²²³ BOCCHESI D., *Problemi di conoscibilità e di esclusione delle clausole vessatorie ed abusive nelle condizioni generali di contratto e di trasporto Alitalia*, in *Spunti di studio su: le condizioni generali del trasporto aereo*, a cura di ROMANELLI G. – TULLIO L., ISDIT, 1996, pag 188 SMIROLDO F., *L'art. VIII sul rifiuto al trasporto e l'art. 1679 c.civ.*, in *Spunti di studio su: le condizioni generali del trasporto aereo*, a cura di ROMANELLI G. – TULLIO L., ISDIT, 1996 pag 132

²²⁴ Che potrà ritenere che un disabile costituisca un “pericolo per se stesso” o che un malato di AIDS ponga a rischi l'incolumità degli altri passeggeri.

può permettere di giudicare la ragionevolezza o l'arbitrio del diniego di imbarco e, pertanto, giudicarlo sia ai sensi dell'art. 1341cc sia dell'art.33 cod. cons.

Sotto il profilo del ritardo

Attenzione merita poi la clausola ex art. 9.1.1. c.g.t .IATA (art.10 Alitalia) laddove prevede che gli orari di partenza ed arrivo del volo sono indicativi e non garantibili e, pertanto, non costituiscono parte del contratto.

Tale previsione attiene, invero, al contenuto del contratto, che viene in questo modo precisato. Tuttavia “la precisazione dell’oggetto potrebbe tradursi sostanzialmente in un esonero dalla responsabilità per il rischio contemplato nel contratto”²²⁵ e , nel caso di specie, parrebbe effettivamente versarsi in tale situazione. Difatti con l’escludere che esista un obbligo di trasporto entro un dato orario si avrebbe l’effetto di esonerare il vettore dalla responsabilità da ritardo, con la duplice conseguenza non solo di dover giudicare la clausola come vessatoria, ma anche di dovere ritenerla nulla per contrarietà alla convenzione di Montreal, che ha natura inderogabile.²²⁶

Il dibattito dottrinario sul punto ha preso le mosse proprio dalla contrarietà di una siffatta clausola al diritto internazionale uniforme, e, quindi, si è soffermata su un’interpretazione della stessa, che desse conto sia del dato normativo citato, sia della peculiarità del trasporto aereo.²²⁷ Ed infatti, la clausola in esame stabilisce che gli orari non sono parte del contratto e sono soggetti a variazione, ma non esclude che essi siano comunque indicativi di un tempo medio di percorrenza e, quindi, fungano comunque da parametro per valutare il verificarsi di un ritardo.²²⁸ Così intesa, la clausola non ha effetto di esonerare dalla responsabilità, ma, al contrario, svolge una funzione equilibratrice delle prestazioni, in ragione della particolarità del mezzo di trasporto in questione.²²⁹

²²⁵ BIANCA C. M. , *op cit*, in *Encicl. Giur.*, Treccani, pag 5

²²⁶ Vedi la bibliografia in nota n°58 di ZAMPONE A. *Trasporto aereo e clausole vessatorie*, in *Dir. Trasp.*, 2001, pag.501 ss., nonché Giudice di Pace di Venezia 8 giugno 2000 in nota n° 57 ivi

²²⁷ Invero il g.d.p. venezia 8 giugno 2000 conclude per la non vessatorietà ex art.1469bis cc, ma solo per quella ex art. 1341 comma 1 cc, atteso che “valutata la natura speciale del servizio di trasporto aereo e delle sue particolari esigenze, non risulterebbe realizzato alcun significativo squilibrio”.

²²⁸ Considerando ormai superata la tesi limitativa del ritardo rilevante in quello “*dans le transport aerien*” inteso come successivo al decollo. Vedi BUSTI S. già citato al cap. 2 presente elaborato.

²²⁹ ZAMPONE A., *Trasporto aereo e clausole vessatorie*, in *Dir. Trasp.*, 2001, pag. 524 ss: “ stabilito che non si tratta di clausola che intende proporre forme di esclusione della responsabilità del vettore da ritardo, dal momento che non si nega che il vettore debba eseguire la propria prestazione in un tempo ragionevole,

Escluso, quindi, che la clausola nel precisare l'oggetto limiti in realtà la responsabilità²³⁰, e, pertanto, non rientrando, detta previsione, nei tipi indicati dal *numerus clausus* del comma 2 dell'art. 1341 c.c., non avrebbe senso sottoporla ad un vaglio in tal senso e, nell'ottica di equilibrio pocanzi tratteggiata, neppure avrebbe esito positivo la verifica ex art. 33 cod. cons..

Sotto il profilo della cancellazione del volo

In tema di responsabilità da ritardo, invece, appare opportuno segnalare l'art. 9.2.3. c.g.t. IATA, laddove afferma che, per i casi previsti dall'art. 9.2.2 (cancellazione del volo, cambio di rotta con eliminazione dello scalo d'interesse del passeggero, perdita di una coincidenza di volo prenotata), i rimedi previsti agli art. 9.2.2.1/.2/.3 sono gli unici disponibili, con esclusione di ogni altra responsabilità.

I rimedi previsti sono la riprotezione o la restituzione del prezzo del biglietto o di quella parte relativa alla tratta non usata.

Orbene, questa clausola appare effettivamente ridurre la responsabilità in modo vessatorio.²³¹

Difatti, esclude che vi possa essere, oltre alla restituzione del prezzo del servizio non goduto, un qualsivoglia risarcimento del danno. E' quindi clausola che necessita di una

ci si chiede se l'esclusione della rilevanza degli orari pubblicati realizza a favore del vettore e a danno dell'utente quel significativo squilibrio che l'art. 1469 bis c.c. c. 1 prevede quale indice di vessatorietà. Mi sembra si possa giungere alla soluzione negativa purchè si riconduca nella giusta dimensione la portata della disposizione in parola. Il tempo indicato negli orari, circa la partenza e l'arrivo a destinazione, costituisce pur sempre il tempo medio previsto per l'effettuazione della prestazione e rappresenta uno dei fattori sulla base dei quali individuare quel criterio di ragionevolezza che informa la responsabilità del vettore aereo per ritardo. Se si esclude, come riteniamo, che la clausola in parola possa inficiare questo valore di indicatività degli orari diffusi dal vettore ed impedirne l'utilizzazione in tal senso per l'accertamento della sua eventuale responsabilità del ritardo, si può tranquillamente giungere alla conclusione che non si verifica quello squilibrio significativo tra diritti ed obblighi tra le parti richiesto ai fini dell'accertamento della vessatorietà". Dottrina ha osservato, contrariamente, che si otterrebbe un esonero della responsabilità nei ritardi di piccola entità. (si veda POURCELET, *Transport aerien international et responsabilit *, Montreal, 1964, pag. 113). Si veda inoltre BUSTI S., *Contratto di trasporto aereo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU – MESSINEO- MENGONI, Giuffr , 2001, pag. 483 e BUSTI S., *La responsabilit  del vettore aereo per i danni da ritardo*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento alla Convenzione di Montreal del 28.05.99*, Napoli, 2006

²³⁰ Sul punto anche BUSTI S., *La responsabilit  del vettore per danni da ritardo*, cit., pag. 155: "non si pu , quindi, affermare che le clausole moderate in parola rientrano tra quelle di cui all'art. 1341 cpv c.c. perch  riducono o restringono, in relazione allo specifico oggetto del contratto, l'ambito obiettivo della responsabilit  del vettore, fissato in maniera pi  ampia da precetti di legge: sono i contorni del predetto oggetto ad essere tracciati dalla vigente normativa in maniera estremamente lacunosa".

²³¹ Oltre che contrario ai principi del Reg. 261/04/CE, tant'  che non   riprodotta nelle c.g.t. Alitalia ed   configgente con l'Airlines Commitment del 2001 (Strasburgo 14.02.01), allegato al Comments on the European Commission Consultation Paper – IATA – Geneva 2002

doppia sottoscrizione ex art. 1341 c.c.²³² Ma v'è di più. L'analisi ai sensi dell'art. 33 cod. cons. da, sul punto, esito positivo. Infatti, una cancellazione del volo genera un ritardo per il passeggero e detto ritardo può cagionare non solo danni patrimoniali, ma anche non patrimoniali, strettamente legati alla lesione alla persona. Tali danni, pertanto, possono essere ritenuti a tutti gli effetti danni alla persona²³³ e, quindi, la clausola che ne esclude o limita il risarcimento è abusiva ai sensi dell'art. 36 lett. a) cod. cons.²³⁴

Lettura che incontra conferma anche laddove ci si occupi di danni meramente patrimoniali. Infatti, ai sensi dell'art. 33 lett. b) cod. cons. si presume vessatoria la clausola che ha per effetto di “escludere o limitare le azioni o i diritti”²³⁵ del consumatore, nei confronti del professionista o di altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista”.

L'analisi delle singole clausole in odore di vessatorietà e/o abusività, limitatamente a diniego d'imbarco, ritardo e cancellazione del volo, non mette in luce, in conclusione, un giudizio negativo sulle condizioni generali di trasporto e di contratto. Questa rassegna, però, si manifesterebbe ingannevole, laddove non si sottolineasse che nelle tre fattispecie in esame l'intervento legislativo è penetrante e ad ampio spettro. La Convenzione di Montreal prevede, essa stessa, in modo inderogabile, sia delle limitazioni di responsabilità – condizionate all'aver fatto il possibile per evitare il danno – sia in ordine al *quantum* dell'eventuale risarcimento – con esclusione dei casi di dolo e condotta temeraria -, sia precise scadenze in capo al passeggero, nonché uno specifico regime di competenza giurisdizionale.²³⁶

In proposito, vi è chi ha parlato – parafrasando un'improvvida sentenza – di vessatorietà della Convenzione di Montreal²³⁷. Ciò conduce a ritenere che si sia, allora,

²³² Si deve però considerare che, laddove è applicabile il Reg. 261/04/CE, la clausola, pur se sottoscritta due volte, resta comunque contraria al regolamento, che ha natura inderogabile, e, pertanto, è nulla.

²³³ Cfr BUSTI S., *La responsabilità del vettore aereo per i danni da ritardo*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento alla Convenzione di Montreal del 28.05.99*, Napoli, 2006

²³⁴ È quindi una delle quattro clausole inserite nella *black list*

²³⁵ La parola “diritti” scompare dalla formulazione dell'art. 36 lett. b) ma, in verità, è da ritenersi un mero errore materiale.

²³⁶ Giova però ricordare che la dottrina è tutt'altro che unanime nel ricondurre la questione di competenza giurisdizionale nel concetto di clausola sulla competenza ex art. 1341 c.2 c.c.

²³⁷ Cfr FIORE B., *Convenzione di Montreal: convenzione vessatoria?*, in *Dir. Trasp.*, 2007, pag. 190 ss. nel criticare la sentenza del GdP Crotona del 28 novembre 2005, che aveva disapplicato i dettami della Convenzione di Montreal in tema di foro competente, sulla base di una contrarietà di dette norme alla dir. 93/13/CEE, incurante del disposto normativo per cui le convenzioni internazionali ratificate dai

comunque, dinanzi ad un contratto squilibrato a vantaggio del vettore; ma che sia però normativamente squilibrato, allo stesso modo in cui si sta transitando da un contratto standard ad un contratto normativamente standardizzato.²³⁸

A ben vedere, ciò non costituirebbe una negatività per il passeggero, se la base legislativa costituisse una cd. tutela minima, suscettibile di essere derogata *in melius* per il passeggero consumatore, sulla base di una concorrenza tra vettori non limitata al prezzo, ma estesa anche alle condizioni contrattuali²³⁹. Prospettiva, questa, non realizzata e che, ancor di più, si prospetta irrealizzabile alla luce dei requisiti di adesione alla IATA, che consistono nella pedissequa adozione delle c.g.t. e di contratto sinora analizzate

3.3. Negato imbarco, cancellazione del volo, ritardi e tutela del passeggero alla luce della dir. 29/CE/2005

L'informazione in ordine all'uso della pratica dell'overbooking-overselling come strumento regolatore della pratica medesima, alla luce della Direttiva 29/CE/2005.

Le forme di inesatto adempimento o inadempimento del vettore aereo, come osservato nella prima parte della presente disamina sono connesse a valutazione e/o necessità di natura economico – aziendale del vettore; più precisamente, gli inadempimenti per cui il vettore è imputabile, ed il passeggero riceve tutela dalle norme internazionali e nazionali, sono prevalentemente quelli “per motivi commerciali” o, comunque, non giustificabili sotto il profilo del caso fortuito o della forza maggiore che, nel trasporto aereo, si configura in una serie di circostanze tecniche e meteorologiche, tali da inficiare la sicurezza del volo.²⁴⁰

paesi membri UE non possono essere sottoposte al giudizio di vessatorietà. In proposito _ ha affermato l'esistenza e l'importanza del controllo costituzionale che, peraltro, su queste vicende è stato penetrante. Si vedano le pronunce citate *ultra*, cap. 5

²³⁸ ZENCOVICH Z., *Le nuove condizioni generali di contratto nel trasporto aereo*, *op. cit.*, pag.34: “in primo luogo vi è un intervento regolamentare da parte delle autorità comunitarie che pur attenuato dalla forte pressione delle compagnie e di alcuni Stati imponga un contratto normativamente standardizzato”.

²³⁹ ZENCOVICH Z., *Le nuove condizioni generali di contratto nel trasporto aereo*, *op. cit.*, pag.35: “l'altra prospettiva ignorata dalla riflessione è quella della concorrenza tra condizioni contrattuali. Non è dato comprendere perché la concorrenza fra i vettori avvenga solo sul prezzo e sui servizi e non anche su questo aspetto che pure si è visto contare non poco nei pacchetti turistici tutto compreso.”

²⁴⁰ Si veda il considerando 14 del Reg.261/2004/CE: “come previsto ai sensi della Convenzione di Montreal, gli obblighi che incombono ai vettori aerei operativi dovrebbero essere limitati o dovrebbero non applicarsi nei casi in cui un evento è dovuto a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso. Siffatte circostanze possono, in particolare, ricorrere in caso di instabilità politica, condizioni meteorologiche incompatibili

Il diniego di imbarco, la cancellazione del volo, non dettata da motivi tecnici, ed il ritardo – specie quello alla partenza – integrano quindi gli elementi di pratiche commerciali, attuate dal vettore per ottimizzare il *load factor* o lo sfruttamento degli *slot*, o per contenere e distribuire su più voli le perdite connesse a disfunzioni tecnico-organizzative di un singolo volo del *time-table*.

La liceità di codeste pratiche e delle loro modalità di attuazione suscita oggi serie perplessità²⁴¹ alla luce della recente Dir. 29/CE/2005 sulle pratiche commerciali sleali, recepita dal legislatore italiano con il D.Lgs 146/2007 che ha novellato il Codice del Consumo agli articoli da 18 a 27, disciplinanti le pratiche commerciali scorrette.²⁴²

La direttiva – così come recepita dai citati articoli del D.Lgs 146/07 - tende a colpire le pratiche commerciali definibili come scorrette, ingannevoli o aggressive, al fine di sanzionare il comportamento dell'impresa che le applica, risarcire il consumatore che da tale comportamento sia stato danneggiato e invalidare²⁴³ i negozi conclusi per determinazione indotta dalla pratica commerciale medesima.

con l'effettuazione del volo in questione, rischi per la sicurezza e scioperi che si ripercuotono sull'attività di un vettore aereo operativo”

²⁴¹ In specie, per quanto concerne la pratica dell'*overbooking*, parte della dottrina tende a qualificarlo come pratica lecita, sulla scorta di un'assenza di netto divieto di adozione della pratica nel reg. 261/2004/CE, nonché sulla scia di valutazioni di utilità economica della prassi (sul punto si dirà ultra), o addirittura qualificando la pratica come un uso. In un'ipotesi del genere, però, è stato osservato come sia opportuno distinguere la liceità della pratica dalla liceità di adottarla senza darne comunicazione, nell'inconsapevolezza del passeggero. Il diritto all'informazione e, quindi, alla correttezza nell'atto dinamico del consumo, quindi, costituiscono pilastri della tutela del consumatore, al cui vaglio è necessario passare le singole discipline e le singole fattispecie. Sul punto CAMARDA G., *“Il diritto aeronautico nella sua evoluzione storica, in La responsabilità del vettore...”, cit.* pag. 167 “(...) di tutti i problemi che rimangono aperti e suscettibili in futuro di più precise ed adeguate normative, mi sembra che assuma un ruolo centrale quello dell'effettiva applicazione del diritto all'informazione del passeggero. Valga per tutti un esempio: si potrebbe sostenere che la pratica diffusa della sovra prenotazione configuri i caratteri della liceità, costituendo, in ipotesi, un uso negoziale. Se così fosse, non vi è dubbio alcuno che il vettore o i suoi preposti, omettendo di informare adeguatamente il passeggero circa tale pratica, incorrono ugualmente in una responsabilità per fatto illecito, qualora il passeggero rimanga vittima del mancato imbarco”.

²⁴² Per una prima disamina del recepimento operato dal legislatore italiano si veda BATTELLI E., *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *I Contratti*, n.12/2007, pag. 1103 ss

²⁴³ È aperto in dottrina il dibattito circa le conseguenze che l'accertamento di scorrettezza della pratica ha sui contratti conclusi per mezzo dell'induzione cagionata dalla pratica medesima. I possibili scenari sono: la nullità di protezione o l'annullabilità, nonché il risarcimento del danno, cumulabile o non con l'invalidità del contratto. Si veda in proposito GENTILI A., *Codice del Consumo ed esprit de geometrie*, in *I Contratti*, 2006, pag.171 ss.; NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI E. – ROSSI CARLEO L., Milano, 2007, pagg. 235 ss; COSTA A., *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, *ibidem*, pag.245 ss; BORTONE P., *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, *ibidem*, pag.286-291, in cui si opera un disamina della possibile configurazione della nullità di protezione, nonché si prospetta la possibilità di un'altra forma remediale, ossia la risoluzione del contratto per inadempimento degli obblighi informativi. Sul punto ancora si veda DE CRISTOFARO G., *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e impresa/Europa*, n.1/07, pag.30, in cui si prospetta anche l'eventuale

L'ambito applicativo della disciplina, individuato dall'art. 3 Dir 29/2005/CE e dai suoi considerando, e rimasto inalterato nel recepimento²⁴⁴, è delineato chiaramente. In primo luogo, per pratica commerciale scorretta si intende quella il cui intento diretto²⁴⁵ è influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori. In secondo luogo la normativa si applica all'atto del consumo, inteso nel suo aspetto dinamico²⁴⁶, prima, dopo e durante la conclusione del contratto²⁴⁷, ma con esclusione proprio del contratto in sé. E difatti, "Deve considerarsi esclusa dall'ambito di applicazione di questa direttiva la fase negoziale propriamente detta, intesa come fase precontrattuale, di conclusione del contratto, e tutte quelle successive in ordine alle conseguenze ed ai rimedi. Relativamente a questa intera fase, infatti, valgono le norme del diritto dei contratti dei singoli stati membri, oltre che le norme specifiche di derivazione comunitaria"²⁴⁸.

altro rimedio del recesso *ad nutum*, che il legislatore del recepimento avrebbe potuto prevedere in capo al consumatore, come conseguenza della scorrettezza della pratica. Si veda anche *ibidem*, Di Nella L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, pag. 62, in cui si propende invece per la nullità di protezione, Calvo R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, pagg.63 ss., in cui si analizza invece i possibili esiti tutti nel senso dell'annullabilità e/o del risarcimento sulla scorta della disciplina dei vizi della volontà.

Il legislatore nazionale, nel recepimento della direttiva, non ha preso esplicita posizione, lasciando al dibattito dottrinario il compito di configurare le forme di tutela individuale, attraverso l'applicazione del diritto contrattuale. E' tuttavia innegabile che l'ingresso di codesta disciplina nel nostro ordinamento avrà "ricadute importanti sul diritto contrattuale italiano", fino a ripensare le categorie della capacità d'intendere e ad "ampliare la prospettiva dei tradizionali vizi del volere" (MINERVINI E., *Codice del Consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI E. – ROSSI CARLEO L., Milano, 2007, pag. 82, ma, sulla tematiche dell'ampliamento delle prospettive dei vizi della volontà si veda anche CALVO R., *cit.*)

²⁴⁴ Né poteva essere altrimenti atteso che questa direttiva ha perseguito il modello della massima armonizzazione sulla minima tutela. "Ne deriva che il legislatore italiano nel recepire la direttiva 29/2005/CE, dovrà avere cura di adottare disposizioni idonee ad assicurare al consumatore il medesimo livello di protezione assicurato dalla direttiva, essendogli preclusa sia la possibilità di incrementare il suddetto livello sia la possibilità di ridurlo" (DE CRISTOFARO G., *cit.*, pag. 6)

²⁴⁵ L'art. 18 lett d) Cod. Cons. dispone che si intende per pratiche commerciali "qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi inclusa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto,, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori". Sul punto GUERINONI E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *I Contratti*, n.2/07, pag. 174: "si tratta, dunque, di quelle pratiche il cui intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a qualsiasi bene o servizio (...) La direttiva in esame non riguarda, invece, le pratiche commerciali realizzate principalmente per altri scopi (...)".

²⁴⁶ Si veda sul punto Rossi Carleo L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI E. – ROSSI CARLEO L., Milano, 2007, pag.1 ss.

²⁴⁷ BARTOLOMUCCI, P., *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio della trasparenza*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI E. – ROSSI CARLEO L., Milano, 2007, pag.268: "...come chiaramente si evince dalle norme comunitarie, infatti, tale valutazione si spinge alla fase precontrattuale e a quella dell'esecuzione delle obbligazioni". *Ibidem* anche pag. 271-273

²⁴⁸ BARTOLOMUCCI, P., *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *I Contratti*, n.10/05 pag. 956; BIGI E., *L'Unione europea adotta una disciplina quadro volta ad armonizzare le leggi nazionali in materia di pratiche commerciali aggressive ed ingannevoli...*, in *I Contratti* n. 7/05, pag. 728

Una scelta, questa, già suggerita dal Libro Verde del 02/10/01, al paragrafo 4.1, che evidenziava l'opportunità di emanare una direttiva quadro volta ad impedire alle imprese l'utilizzo di pratiche commerciali sleali. Suggeriva poi il Libro Verde: "Sarebbero escluse le norme nazionali che tutelano unicamente obiettivi di interesse generale, diversi dalla tutela dei consumatori (p.es. pluralismo, protezione della cultura, salute e sicurezza, rispetto della persona), in relazione a determinate pratiche commerciali e le disposizioni del diritto nazionale in materia contrattuale". Tale indicazione viene recepita dalla direttiva in esame, sin dalla fase della proposta e, quindi, inserita sia nel considerando n. 9 ("la presente direttiva...non pregiudica l'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali relative al diritto contrattuale") sia all'art. 3 comma 2, che dispone: "la presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto". Il D.Lgs 146/07, a sua volta, riprende i medesimi principi nel novellare l'art. 19 comma 2 Cod. Cons..

La nuova disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si prospetta quindi come una normativa trasversale,²⁴⁹ perché idonea ad applicarsi all'atto di consumo in generale, al di là delle specificità delle singole fattispecie, e sussidiaria²⁵⁰, poiché la sua applicazione non pregiudica l'operatività, *in primis*, del diritto nazionale di ogni singolo stato membro in materia di contratti, nonché l'applicazione, in primo luogo, delle specifiche norme comunitarie relative alle singole fattispecie.

overbooking/overselling come pratica commerciale scorretta

Un'analisi puntuale del tenore letterale del D.Lgs 146/07 e, quindi, della novella al Codice del Consumo, articoli da 18 a 27, conduce a non ritenere applicabile codesta normativa alla fattispecie di *overbooking/overselling* in sé e per sé, ma, piuttosto, a valutare la possibilità che la mancanza di trasparenza in ordine all'uso dello strumento,

²⁴⁹ ROSSI CARLEO L., *cit.*, pag.10ss. Vedi anche DE CRISTOFARO G., *cit.*, pag.32: "...ravvisare nella disciplina delle pratiche commerciali sleali il secondo pilastro della parte generale del regime normativo dei rapporti contrattuali tra consumatori e professionisti, destinato ad affiancare il primo pilastro, costituito dalle disposizioni di recepimento della direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive: come queste ultime, e diversamente da tutte le altre disposizioni di tutela del consumatore, le regola relative alle pratiche commerciali sleali si applicano infatti a qualsiasi (condotta direttamente connessa con qualsivoglia) rapporto contrattuale, senza limitazioni di carattere oggettivo legate al contenuto, all'oggetto o alla causa negoziale"

²⁵⁰ "Inoltre, la disciplina contenuta negli artt. 2-13 della direttiva 2005/29/CE ha natura sussidiaria. Essa infatti è destinata a trovare applicazione a tutte e soltanto le fattispecie che non siano già regolate da disposizioni di diritto comunitario eventualmente adottate per regolamentare aspetti specifici di determinate tipologie di pratiche commerciali, ovvero di pratiche commerciali aventi ad oggetto determinate categorie di beni o servizi" (DE CRISTOFARO G., *cit.*, pag. 7)

sia in fase precontrattuale sia durante l'esecuzione del contratto, costituisca una pratica ingannevole.

Una tale conclusione condurrebbe ad un risultato intermedio tra quelli individuati in dottrina: né totale accettazione dell'*overbooking*, né totale divieto ed applicazione della sola prassi delle liste d'attesa, ma, invece, una puntuale informazione in ordine ai voli su cui l'*overbooking* viene praticato.

In tal modo, non si impone una parametrizzazione del prezzo del biglietto in relazione alla probabilità di utilizzare uno specifico volo, come avviene nella lista d'attesa, ma si lascia questa o altre conseguenze alle regole ed ai meccanismi del mercato concorrenziale.

Una tale ipotesi parrebbe inserirsi nel solco di quanto rilevato dalla Commissione Europea nella sua comunicazione al Parlamento e al Consiglio in materia di protezione dei passeggeri del trasporto aereo – COM/2000/0365: “Una maggiore protezione dei passeggeri, che derivi dall’opera del legislatore o dall’assunzione di impegni di natura volontaristica o dalla disponibilità di informazioni comparate sulle prestazioni delle compagnie aeree, spingerà inoltre queste ultime a fornire un servizio migliore. Le imprese europee saranno più incentivate a dare riscontro alle richieste dei passeggeri, a mantenere standard elevati per evitare tutte le insufficienze del servizio che suscitano senso di insoddisfazione”.²⁵¹

Sulla scorta di tali riflessioni, l’analisi della fase pre-negoziale e di quella esecutiva di un contratto di trasporto aereo di passeggeri, effettuata attraverso il filtro della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, pone in luce, in primo luogo, la non applicabilità della normativa alla pratica commerciale dell'*overbooking/overselling* quale pratica commerciale in sé.

Ed invero, contrariamente al disposto dell’art. 19 lett d) Cod. Cons., la sovrapprenotazione ha scopo ben diverso da quello di influenzare le decisioni dei

²⁵¹ Paragrafo n.9 della citata comunicazione. Questa comunicazione del 2000 è stata alla base dell’iniziativa dell’affissione della “carta dei diritti del passeggero”, di cui si dirà *ultra*, e ha dato impulso all’introduzione, nel regolamento 261/CE/2004, allora già in corso di redazione, di diverse novità in ordine al regime sanzionatorio e alla ricorribilità a procedure conciliative, per la composizione di controversia tra vettore e passeggero.

L’intera comunicazione è informata alla ricezione del dettame del Trattato di Amsterdam, che prevedeva una maggior attenzione al consumatore – in questo caso al passeggero -. Prima tra tutte, l’innovazione dell’introduzione di specifici obblighi informativi, atteso che la Commissione ha rilevato che, sovente, la mancata applicazione del precedente regolamento derivava da una sua mancata conoscenza da parte del consumatore. La comunicazione ha poi affrontato il problema delle condizioni generali di contratto, e delle raccomandazioni IATA. Per l’analisi di questo aspetto si rimanda al capitolo relativo alle condizioni generali di contratto di trasporto aereo.

consumatori. Invero, al di là delle valutazioni in ordine alla natura di illecito contrattuale o pratica necessitata²⁵², la finalità perseguita attraverso tale pratica è, principalmente, quella di contemperare i rischi di *no show* ed ottenere un sempre ottimizzato *load factor*²⁵³. La pratica, quindi, non è volta, in modo diretto, a falsare le determinazioni commerciali²⁵⁴ del consumatore ma, anzi, si pone come strumento di contenimento dei danni che determinate scelte del consumatore-viaggiatore posso arrecare al sistema di allocazione dei posti sugli aeromobili e, quindi, all'organizzazione industriale del professionista.

Sotto tale profilo, pertanto, la fattispecie dell'*overbooking/overselling* deve ritenersi esclusa dall'ambito di applicazione della normativa in esame.

Tale esclusione trova fondamento anche sotto l'altro profilo di limite di applicabilità della normativa, ossia nel fatto che la direttiva 29/2005/CE (e quindi, gli articoli 18-27 Cod. Cons.) esclude dal proprio ambito operativo i contratti, che restano disciplinati dalle singole norme nazionali. Inoltre la materia è disciplinata dal Reg. 261/04/CE che, quindi, è di applicazione prevalente.

²⁵² CORONA V., *La tutela per overbooking nella Convenzione di Varsavia*, in *Dir Trasp.* 2004, 345: "...il ricorso all'*overbooking* costituisce per le compagnie aeree una scelta obbligata, specie nel caso di voli di linea, la cui effettuazione deve avvenire a frequenza prestabilite che non possono essere disattese dal vettore" e ancora "il vantaggio per gli utenti si ha sia in termini economici sia in termini di disponibilità di posti. Infatti l'*overbooking* in qualche modo opera come strumento di contenimento delle tariffe di trasporto, in quanto consente al vettore di effettuare voli con il numero massimo di passeggeri a bordo, e per converso consente a colui che vuole usufruire di un servizio di trasporto aereo di trovare quella disponibilità di posti che altrimenti non avrebbe se il vettore si attenesse rigorosamente al numero di prenotazioni ricevute, senza tener conto del fenomeno dei passeggeri *no show*"; conformemente GIRARDI P., *cit.*, "...va comunque auspicata una nuova tendenza a qualificare il fenomeno in esame come prassi necessitata che si impone al fine di conseguire una gestione economica del trasporto pubblico, in termini di reale contenimento di tariffe, a vantaggio anche dell'utenza"; e FANARA E., *L'overbooking*, in *La tutela del turista*, a cura di SILINGARDI G. – ZENO ZENCOVICH V., ESI, 1993, pagg. 148-152: "Se al vettore non fosse permesso di garantirsi contro i prevedibili *no shows* mediante l'*overbooking*, allo stesso non resterebbe che prevedere prezzi di trasporto più alti o far pagare una penalità in caso di mancata presentazione. In altri termini, è ampiamente riconosciuta oggi, e dall'amministrazione dell'aviazione civile e dalla giurisprudenza che si è occupata del tema, la necessità di assicurare mediante l'*overbooking* la flessibilità dell'attuale sistema di prenotazioni, che finisce per favorire il passeggero, ma al contempo protegge l'efficienza operativa e la stabilità finanziaria dei vettori aerei."; contrario DEIANA M., *cit.*, pag. 30, per cui la definizione della sovrapprenotazione come pratica necessitata è operazione rischiosa, che può condurre "ad insani istinti legittimatori".

²⁵³ ANTONINI A., *La responsabilità del vettore aereo di persone nel trasporto nazionale ed in quello internazionale*, in *Resp. civ. e prev.* 2001,6,1108: "la sovrapprenotazione è – come ben noto – un sistema di politica commerciale cui tutti i vettori da tempo ricorrono per ovviare al mancato rispetto, da parte di numerosi passeggeri, delle prenotazioni effettuate".

²⁵⁴ ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Laterza, 2006, pag. 83: "La direttiva vuole colpire le pratiche rivolte ad influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori riguardanti i prodotti" ma anche AMICO P., *La Commissione europea propone di armonizzare la disciplina comunitaria in tema di pratiche commerciali sleali*, in *I Contratti* n. 10/03, pag. 957

A tale ultimo proposito si deve osservare che la Direttiva, al considerando n. 10, ed oggi l'art. 19 Cod. Cons., dispone in ordine alla propria armonizzazione con l'*acquis* normativo già esistente, statuendo che "la presente normativa si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione dell'informazione al consumatore". Tale criterio gerarchico di specialità opera in modo trasversale, ossia solamente in relazione alle norme che regolino le pratiche commerciali del settore²⁵⁵, intese, come già accennato, come operazioni di promozione, presentazione, invito all'acquisto di un prodotto o di un servizio.

La normativa europea in tema di *overbooking/overselling*, invero, prevede un'unica disposizione in ordine agli obblighi informativi²⁵⁶, riferita al momento dell'esecuzione del contratto, o meglio a quello dell'inadempimento. Prevede infatti il regolamento che, nelle zone aeroportuali del *check-in*, devono essere affissi avvisi che invitino i passeggeri, in caso abbiano subito un negato imbarco, a rivolgersi al banco di accettazione o alla porta di imbarco, per ricevere informazioni sui propri diritti. Dispone altresì che il vettore, nel negare un imbarco, consegni al passeggero un foglio informativo in merito ai rimedi a disposizione del passeggero in seguito all'inadempimento del vettore.

Il Regolamento, invece, nulla dice in ordine alla necessità di obblighi informativi in una fase precedente all'inizio della negoziazione, ossia quando il professionista sta solo presentando/promuovendo il prodotto.

Questa fase, precedente a quella della formazione del contratto, non è regolata dalla normativa di settore europea, e si pone, rispetto al nostro diritto interno, in una fase non prettamente precontrattuale.

Proprio sotto questo profilo emerge una caratteristica essenziale della fattispecie in esame: la totale inconsapevolezza, da parte del passeggero, dell'esistenza dell'*overbooking* sul volo da lui prenotato. Questa situazione di incertezza tramuta l'acquisto del diritto di trasporto verso un dato luogo su un determinato volo nell'acquisto di un diritto di trasporto verso un dato luogo, probabilmente ma non certamente su un dato volo.

²⁵⁵ BIGI, E., *cit.*, pag. 728

²⁵⁶ Reg. 261/2004/CE – art. 14

Nell'osservazione dell'intera operazione nella sua fase dinamica, si rinviene una lacuna proprio nel momento di primo contatto tra il consumatore ed il professionista.

Nella presentazione del servizio, il vettore aereo ne specifica le caratteristiche attraverso l'immissione sul mercato del *pricing* di un aeromobile: classi tariffarie e connesse modalità di fruizione del servizio vengono rese note ben prima dell'acquisto e, su tali informazioni, il consumatore modella la sua determinazione ad acquistare presso un vettore piuttosto che un altro.²⁵⁷

Nessun vettore aereo, però, nella propria promozione del prodotto, comunica se sulla specifica rotta si pratici l'*overbooking/overselling*²⁵⁸, né, sino ad oggi, è esistito uno specifico obbligo in proposito.

Può sostenersi che una omissione di questo tipo configura una pratica commerciale scorretta, e nella specie una pratica ingannevole, e che la disciplina in esame colmi la lacuna normativa sul punto.

A tal proposito, si può osservare come, mentre la pratica della sovrapprenotazione/bigliettazione, in sé e per sé, ha come finalità quella, già descritta, di ottimizzare il riempimento dell'aeromobile, facendo fronte agli inconvenienti del *no show*, la prassi di tacere l'utilizzo di tale strumento appare motivata solo dall'intento di evitare che il consumatore utilizzi tale dato come variabile di discriminazione tra gli offerenti il servizio. Se così è, la pratica ha la finalità richiesta dall'art. 20 Cod. Cons. di falsare le determinazioni del consumatore e va qualificata come pratica commerciale scorretta.

In ordine poi agli altri requisiti di applicabilità della disciplina, l'omissione informativa appare inquadrabile al di fuori della fase negoziale, proprio in quel momento di contatto e presentazione del prodotto, che la recente normativa vuole regolamentare, e che, al contempo, non risulta già disciplinata nell'esistente complesso di norme di settore sul negato imbarco da parte del vettore aereo.

²⁵⁷ Prima ancora che inizi la fase negoziale, il consumatore medio verifica e confronta le offerte commerciali dei vettori aerei, evidenziando gli elementi di maggior interesse in base alle proprie esigenze, quali l'aeroporto di arrivo o partenza, i servizi aggiuntivi forniti durante il volo, l'obbligatorietà o meno di scali durante il viaggio. Tutti elementi, questi, in grado di orientare almeno una parte della clientela. Elementi che sono tutti forniti nella presentazione del servizio da parte del vettore e, quindi, in una fase che anticipa quella negoziale.

²⁵⁸ L'unico caso (per lo meno noto alla scrivente) in cui una compagnia aerea abbia volontariamente dato informazioni in proposito è quello delle linee aeree "Vueling", compagnia aerea *low cost* spagnola. Tuttavia, in questo caso, la comunicazione in sede di presentazione del prodotto svolge una funzione di promozione della propria immagine, atteso che la Compagnia pubblicizza la mancanza di pratica *overbooking* (o meglio sarebbe dire *overselling*) su tutti i propri voli.

Questa omissioni informativa integrerebbe quindi gli estremi di quella che l'art. 22 Cod. cons. definisce “pratica ingannevole”

La pratica commerciale ingannevole, infatti, è quella che reca informazioni false su una serie di elementi elencati all'art. 21 Cod. Cons., o che comunque induce o sia idonea ad indurre il consumatore in errore, anche e semplicemente nella sua presentazione complessiva.²⁵⁹

La pratica ingannevole omissiva, specificamente regolata dall'art. 22 Cod. Cons., è quella che tace informazioni rilevanti.²⁶⁰

La definizione di informazione rilevante non è però compiutamente fornita nel testo dell'articolo medesimo, che si limita a definire le informazioni rilevanti nell'ambito di un invito all'acquisto²⁶¹.

Definizione specifica è invece reperibile nel considerando n. 15, che dispone “Qualora il diritto comunitario stabilisca obblighi di informazione riguardo a comunicazioni commerciali, pubblicità e marketing, tali informazioni sono considerate rilevanti ai fini della presente direttiva”. Il medesimo considerando prevede poi che i singoli Stati possano prevedere obblighi aggiuntivi riguardanti il diritto contrattuale o aventi su di esso i propri riflessi, purchè nel rispetto delle clausole minime previste dai vigenti strumenti normativi comunitari.²⁶²

²⁵⁹ GENTILI, A., *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in I Contratti, n.2/06, pag. 171: “Viene così rielaborata la dottrina della capacità di intendere e lo speciale rilievo dell'informazione preventiva rispetto ad essa”.

²⁶⁰ Sul punto CALVO R., *cit.*, ma anche DONA M., *L'elenco delle pratiche considerato in ogni caso sleali nell'allegato I della direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI E. – ROSSI CARLEO L., Milano, 2007, pag.191 ss.

²⁶¹ BIGI, E., *cit.*, pag. 729

²⁶² Questo riferimento alle clausole minime previste dai vigenti strumenti comunitari, unitamente alla clausola del “mercato interno”, impongono una armonizzazione volta non solo a tutelare il consumatore in modo omogeneo, ma anche ad impedire norme nazionali particolarmente restrittive che, pur potendo tutelare più fortemente gli interessi dei consumatori, divengano però, al contempo, degli ostacoli alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi. Infatti, la Corte di Giustizia, più volte investita della problematica, ha ritenuto che disposizioni particolarmente restrittive, pur se applicabili sia ai prodotti nazionali che a quelli esteri, producano gli effetti di una restrizione quantitativa all'importazione. “Costituisce un ostacolo all'importazione, ha ritenuto la Corte, il fatto che un operatore commerciale – che legalmente fabbrica e vende il prodotto interessato in uno stato membro – sia costretto a rinunciare ad affermazioni pubblicitarie da lui ritenute particolarmente efficaci; inoltre, sempre secondo la Corte, i prodotti importati sono più svantaggiati rispetto a quelli nazionali, con i quali il consumatore ha una maggiore familiarità. L'ostacolo che ne deriva al commercio infracomunitario non è del resto giustificabile per esigenze di tutela della salute, ai sensi dell'art. 30 del Trattato: giacchè a soddisfare tali esigenze sarebbero bastate misure meno restrittive...” TESTA, P., *Pubblicità ed industria culturale*, in *AIDA 2005*, Milano, Giuffrè, pag.250. In proposito Corte di Giustizia C-239/02 del 15/07/04 *Dowe Egberts N.V. c/ Westron Pharma N.V. e altri*.

Considerando che gli elementi di cui all'art. 21 Cod. Cons. e la casistica dell'art 23, che recepisce l'allegato I della Dir. 29/2005/CE²⁶³, prevedono, in effetti, una condotta commissiva, gli stessi parrebbero non potersi utilizzare nella valutazione della rilevanza dell'informazione omessa, dovendosi quindi fare riferimento al criterio del considerando n. 15, agli elenchi dell'allegato II della direttiva, e, limitatamente agli inviti all'acquisto, agli elenchi dell'art. 22 comma 4.

In tal modo, ci si deve chiedere se l'informazione in ordine al rischio di negato imbarco sia da considerare inseribile in un invito all'acquisto, e, in caso di risposta negativa al quesito, si sarebbe portati a concludere che la suddetta omissione non costituisca pratica ingannevole, atteso che non esiste, nell'*acquis* comunitario, un obbligo informativo in tal senso.

Per invito all'acquisto si intende, ai sensi dell'art. 18 lett. i) Cod. Cons.: “una comunicazione commerciale indicante le caratteristiche ed il prezzo del prodotto in forme appropriate rispetto al mezzo impiegato per la comunicazione commerciale e pertanto tale da consentire al consumatore di effettuare un acquisto” E' pertanto la pratica di comunicazione che precede la transazione commerciale²⁶⁴, che conduce alla decisione di acquistare o meno il prodotto.

In base a quanto espresso sin qui, l'omissione delle informazioni in ordine all'*overbooking* avviene proprio nella fase in cui si forniscono le altre informazioni caratterizzanti il prodotto, allo scopo di indirizzare all'acquisto.

Si può quindi ritenere che l'omissione *de quo* riguardi informazioni contenute in un invito all'acquisto e, quindi, sulla scorta dell'art. 22 comma 4 lett. a), l'omissione riguardi informazioni rilevanti e, nella specie, “le caratteristiche principali del prodotto”.

Sulla scorta di tali riflessioni, quindi, si può aprire la via alla obbligatoria informazione, da parte del vettore, dell'uso della pratica dell'*overbooking* su un determinato volo, lasciando al mercato concorrenziale gli effetti relativi, sia sul prezzo, sia sulla reazione dei consumatori.

²⁶³ L'allegato I è una *black list* delle pratiche commerciali ingannevoli, caratterizzata dalla presunzione di ingannevolezza. Pur tuttavia l'elenco non è tassativo in senso assoluto, ma tassativo solo relativamente alla presunzione di scorrettezza.

²⁶⁴ BARTOLOMUCCI, P., *cit.*, pag. 959; TESTA, P., *cit.*, pag. 249

La qualificazione di scorrettezza della pratica su descritta ha come conseguenza un cd. doppio binario di tutela²⁶⁵: da un lato la sanzione per l'impresa, indipendentemente dall'interesse del singolo consumatore, dall'altra gli effetti sul contratto (eventualmente) concluso proprio da ciascun passeggero.

Né la direttiva comunitaria, né il suo recepimento, in verità, chiariscono quale sia la conseguenza dell'accertamento di scorrettezza sul rapporto individuale sorto tra impresa e consumatore. Se, da un lato, la disciplina europea rinvia alla normativa di ciascun Stato membro in materia di contratti, dall'altro, nel diritto italiano si profila la possibilità di perseguire la strada dell'annullabilità – riconducendo la fattispecie nell'alveo dei vizi della volontà – o quella della nullità di protezione. Resta comunque impregiudicato il diritto al risarcimento del danno cagionato che, nel caso del contratto di trasporto aereo, appare l'unico rimedio concretamente esperibile nella tutela individuale. Ed invero, atteso che frequentemente il passeggero sopporta una inesatta esecuzione, ma comunque consegue la prestazione, che è, per sua natura, non ripetibile, l'unica ristoro può provenire dal riconoscimento e risarcimento del danno subito nella libertà di determinare la propria volontà contrattuale.²⁶⁶

Sotto altro profilo, invece, per quanto concerne la tutela degli interessi collettivi del consumatore e del mercato, i vettori aerei si troverebbero a rispondere dinanzi all'Autorità amministrativa del singolo Stato membro, per l'omissione informativa in ordine all'utilizzo della pratica dell'*overbooking/overselling*.

Si realizzerebbe così un doppio controllo amministrativo: da un lato l'Autorità preposta al controllo in ordine all'applicazione del Reg. 261/2004/CE, tenuta a

²⁶⁵ BATTELLI E., *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *I Contratti*, n.12/2007, pag. 1103 ss ma anche DE CRISTOFARO G., *cit.*

²⁶⁶ La completa informazione del vettore in ordine all'uso dell'*overbooking* non equiparerebbe comunque la situazione ad una lista d'attesa. Infatti, il passeggero che acquista un volo su cui si pratica *overbooking* non saprebbe comunque se il suo biglietto è emesso per posti eccedenti oppure no, e neppure potrebbe saperlo. Difatti, la prenotazione confermata corrisponde, per tutti i passeggeri, al diritto ad essere trasportati, ma, una volta informati con la consapevolezza, in capo a tutti i passeggeri, dell'esistenza del rischio di sovra prenotazione. Mentre nella lista d'attesa il rischio è di non partire, nel caso della sovra prenotazione il rischio è di partire più tardi. I diritti assistenziali e compensativi previsti dal Reg. 261°/2004/CE non verrebbero comunque meno, essendo essi connessi al verificarsi di un *overbooking*, e non al fatto che il passeggero non fosse consapevole di codesto rischio, ed essendo previsti come irrinunciabili. Verrebbe invece meno il diritto al risarcimento del danno ulteriore. Ed infatti, l'oggetto del contratto dovrebbe essere configurato come a prestazioni alternative: o il trasporto su quel volo e a quell'ora prescelta, oppure un altro volo e l'indennizzo di cui al Reg. 261/2004/CE. Adempiendo all'obbligazione – a una delle due alternative – non sorgerebbe in capo al vettore alcuna responsabilità e non sarebbe tenuto, quindi, ad alcun risarcimento del danno. Alla luce di ciò, non solo non vi sarebbe diritto al risarcimento del danno ulteriore, ma neppure si potrebbe qualificare la compensazione versata ex Reg.261 come ad un risarcimento. Esso costituirebbe piuttosto un indennizzo, imperativamente previsto dalla legge e, quindi, integrante il contratto tra le parti.

vigilare e sanzionare l'eventuale infrazione alle prescrizioni in ordine al pagamento delle compensazioni, alla prestazione di assistenza, ed all'informazione sui diritti in caso di diniego d'imbarco, dall'altro l'Autorità indicata dal recepimento della Dir. 29/2005/CE, chiamata a sanzionare la su descritta pratica commerciale.²⁶⁷

Un'analisi delle modalità di utilizzo della pratica del diniego d'imbarco per motivi commerciali conduce poi a rintracciare, oltre alla su descritta pratica commerciale ingannevole in sede di proposta d'acquisto, anche una seconda pratica, sanzionabile ex art. 22 Cod. cons., nella fase di esecuzione del contratto²⁶⁸ e, nella specie, nel momento in cui effettivamente si verifica il diniego d'imbarco e, come previsto dal Reg. 261/2004/CE, si ricorre alla preventiva ricerca dei volontari a rinunciare al volo.

Tra i volontari ed il vettore viene stipulato un accordo in base al quale i volontari ricevono una serie di benefici, pattuiti con la controparte e rinunciano, non solo al volo, ma anche alla compensazione prevista dal Reg. 261 e al risarcimento per il maggior danno ex art. 12 Reg. 261²⁶⁹.

Tali soggetti, quindi, prendono una decisione circa l'esercizio o meno di un diritto contrattuale riguardo al servizio di trasporto, e, nella specie, decidono di rinunciare ad ogni ulteriore forma risarcitoria ed ad ogni azione in tal senso. Una scelta di tal fatta è nel novero delle "decisioni di natura commerciale" oggetto della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette²⁷⁰.

Se tale determinazione viene assunta dal passeggero - consumatore dopo aver ricevuto le informazioni in merito ai suoi diritti, così come previsti dal Reg. 261, alla cui applicazione sta rinunciando, la scelta è consapevole e autonomamente maturata; se al

²⁶⁷ Il D.lgs 146/07 prevede che l'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato sia competente ad inibire e sanzionare l'uso delle pratiche commerciali scorrette. L'Autorità ha recepito tale incarico emanando un Regolamento, sulla falsa riga di quello inerente la procedura in merito alla pubblicità comparativa ed ingannevole. Come in quella materia, anche in questa l'Autorità ha previsto, in caso di coinvolgimento del mezzo radiotelevisivo, l'obbligatorio preventivo parere della Autorità Garante per le Telecomunicazioni. Questo modello di cooperazione potrebbe venir attuato anche nell'applicazione del D.Lgs 146/07 al trasporto aereo, in materie concorrenti con la disciplina del Reg.261/2004/CE in cui, come già osservato, esiste una competenza dell'ENAC come ente preposto alla vigilanza ed al sanzionamento dei comportamenti contrari alla normativa europea.

²⁶⁸ BARTOLOMUCCI P., *cit.*, pag. 271 ss: "in ultima analisi nella fase di esecuzione del contratto, posto che, come si è visto, una pratica commerciale può essere condotta anche condizionando la scelta del consumatore circa l'esercizio di un determinato diritto derivante dal contratto (cfr. lett.k – dell'art. 2 della direttiva -)".

²⁶⁹ In base all'art.4 del Reg. 261 il volontario concorda benefici sostitutivi in tutto alle compensazione *ex lege*, ma mantiene il diritto all'assistenza di cui all'art 8. L'art 12 Reg.261 specifica poi che il volontario non ha diritto al risarcimento di alcun maggior danno

²⁷⁰ Art. 2 lett. K) dir. 29/2005/CE, recepito all'art. 18, let. m) Cod. Cons,

contrario, come sovente accade nella prassi²⁷¹, la decisione del consumatore è influenzata da omissioni informative da parte dei vettori, che tacciono circa il diritto e l'entità delle compensazioni, al fine di transigere con i volontari somme risarcitorie inferiori a quelle previste dal legislatore comunitario, tale condotta delle imprese integra una pratica commerciale scorretta.

Ed invero, solitamente il vettore, avvedutosi dell'errata valutazione del *no show* e, quindi, della elevata probabilità di dover negare l'imbarco ad alcuni passeggeri, inizia la sua indagine circa la presenza di volontari prima ancora che il problema si sia compiutamente verificato, sin dall'arrivo dei primi passeggeri, e senza fornire indicazioni in ordine ai diritti che codesti passeggeri hanno.

Questo genere di informazioni è obbligatorio per espressa previsione dell'art. 14 del Reg. 261 e, quindi, l'omissione integra necessariamente una pratica commerciale ingannevole, ai sensi dell'art. 22 comma 5 Cod. Cons., atteso che l'informazione obbligatoria ai sensi di una norma comunitaria è considerata sempre rilevante²⁷², ai fini dell'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

Alla luce di tali considerazioni, la prassi di procedere alla ricerca di volontari senza preventivamente informare i passeggeri dei propri diritti configura, pertanto, una omissione ingannevole, a cui devono far seguito i due binari della tutela prevista dalla normativa: quella amministrativa – sanzionatoria, e quella individuale.

A ben vedere, tuttavia, il Reg. 261, nell'obbligare all'art. 14, la comunicazione delle informazioni *de quo*, prevede, all'art. 16, un generico potere di controllo e sanzione in capo all'Autorità amministrativa che ciascuno Stato membro designerà, affidando poi agli Stati la determinazione della punizione, sulla scorta dei prefissati requisiti di proporzionalità, effettività e dissuasività.

Si verserebbe quindi in una situazione di duplicazione della sanzione, nonché delle competenze, che, più che concorrenti, sembrerebbero tendere ad una sovrapposizione.

²⁷¹ gli studi effettuati dalla Commissione Europea in relazione alla revisione del Reg. 261 ex art. 17 del Reg. medesimo, hanno posto in luce gravi negligenze informative da parte dei vettori, che omettono l'affissione degli avvisi, nonché la consegna ai passeggeri della Carta dei Diritti. Proprio per tal motivo, da aprile a settembre 2007, si è svolto un semestre di ispezione comunitaria presso gli aeroporti degli stati membri, per verificare le condotte dei vettori e valutare eventuali provvedimenti. Si veda sul punto la relazione finale dello studio Steer Davies Gleave, a cui la Commissione Europea aveva assegnato il compito di monitorare l'applicazione del Regolamento e l'impatto avuto sul mercato

²⁷² Il comma 5 dell'art. 22 Cod. cons. dispone: "sono considerati rilevanti, ai sensi del comma 1, gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto".

Né del resto soccorre, sul punto, la disposizione di cui all'art. 19 comma 3 Cod. Cons., laddove afferma che: “in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici”.

Infatti, nel caso di specie non si versa in un contrasto tra norme, ma, al contrario, in una concordanza tra le due disposizioni. L'eventuale concorrenza tra norme e, quindi, tra Autorità titolari della competenza a vigilare e sanzionare dovrà risolversi o nel senso di una compartecipazione nelle eventuali istruttorie²⁷³, oppure nell'interpretazione del citato articolo alla luce dei principi, di cui ai considerando della Dir. 29/2005/CE²⁷⁴, in ordine alla sussidiarietà della disciplina delle pratiche commerciali scorrette rispetto alle regolamentazioni delle singoli fattispecie contrattuali.

Sotto il profilo, invece, della tutela individuale, l'art. 22 Cod. Cons. potrebbe colmare una lacuna della normativa comunitaria.

Ed invero, il Reg. 261 prevede, all'art. 15 comma 2, che: “qualora una clausola restrittiva o derogatoria sia applicata contro un passeggero o se costui non sia stato correttamente informato dei suoi diritti ed abbia pertanto accettato una compensazione inferiore a quella prevista dal presente regolamento, il passeggero ha comunque diritto di avviare le necessarie procedure dinanzi ai tribunali od organi competenti per ottenere una compensazione integrativa”.

Tale norma completa la disposizione di cui al comma 1 del medesimo articolo, in cui si sancisce l'irrinunciabilità dei diritti dei passeggeri previsti dal Reg. 261.

Qualora si ritenesse che tale articolo operi anche nei confronti dei volontari che hanno concordato con il vettore una forma di compensazione in cambio della rinuncia al volo, l'art. 15 prevederebbe una forma di tutela anche per costoro, nel caso in cui abbiano agito influenzati dall'omissione di informazioni sui propri diritti. In tal caso, ci si troverebbe nell'analoga situazione di sovrapposizione tra tutela individuale specifica della norma di settore e tutela ottenibile attraverso la disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

²⁷³ Si veda nota n. 129

²⁷⁴ Sulla sussidiarietà, si vedano i già citati passi di DE CRISTOFARO, *cit.*, pag.1 ss

Pur tuttavia alcuni argomenti spingono a ritenere che, al contrario, l'art. 15 non si applichi ai volontari di cui all'art. 4 del Reg. 261 e che, quindi, costoro possano ricevere tutela solo attraverso l'art. 22 Cod. Cons..

Ed invero, in primo luogo, la disposizione si rivolge al passeggero la cui rinuncia ai diritti conferitigli dal Reg. 261 è vietata, ai sensi del comma 1 dell'art. 15²⁷⁵. Al contrario, il passeggero di cui all'art. 4 può e deve operare una rinuncia di tal genere, essendo previsto che egli concordi con il vettore i benefici in controprestazione alla sua abdicazione dal diritto ad essere imbarcato.

In secondo luogo, la norma non parla di una forma di invalidità dell'accettazione della compensazione inferiore ricevuta, ma conferisce il diritto di agire per l'integrazione della compensazione medesima, fino alla concorrenza con quella prevista dalla disciplina comunitaria. Ciò è agevole per il passeggero non volontario, che non abbia concordato alcun beneficio, ma abbia semplicemente ricevuto una somma di danaro inferiore al dovuto. Il volontario, al contrario, potrebbe pattuire benefici diversi da un versamento di danaro, e quindi non comparabili e non integrabili con la compensazione ex art. 7 Reg.261.

Al contrario, configurando tale pratica dei vettori come scorretta, il volontario che avesse pattuito condizioni sfavorevoli, a causa dell'omessa informazione in ordine ai propri diritti, avrebbe accesso ad una tutela individuale volta ad invalidare la transazione – attraverso l'annullamento per vizio della volontà oppure sulla scorta di una nullità di protezione –. Dall'invalidità dell'accordo, non può che derivare la sua sostituzione con le disposizioni di legge, e quindi il diritto sia alla compensazione prevista dal regolamento comunitario, sia al risarcimento del danno ulteriore, nonché, il risarcimento del danno cagionato dalla pratica commerciale scorretta medesima, laddove, conoscendo i propri diritti, il passeggero avrebbe potuto ottenere diversi e più favorevoli benefici o, quantomeno, avrebbe potuto valutare di non offrirsi affatto volontario e, quindi, di avere la *chance* di non vedersi affatto negare l'imbarco.

²⁷⁵ La norma dispone: “gli obblighi nei confronti dei passeggeri stabiliti dal presente regolamento non possono essere oggetto di restrizioni o di rinuncia, in particolare per effetto di clausole derogatorie o restrittive del contratto di trasporto”

Pratica commerciale scorretta nella cancellazione del volo o nel diniego d'imbarco complesso

Altro ambito del contratto di trasporto aereo di persone in cui si può profilare l'utilizzo di una pratica commerciale scorretta e poi quello inerente i casi di cancellazione del volo o diniego d'imbarco non motivato da *overbooking*, in cui il vettore operi una qualificazione del caso concreto come ritardo.

Ed infatti, la recente verifica operata dalla Commissione Europea ha posto in luce come le compagnie aeree tendano a negare di aver cancellato un volo, comunicando al passeggero, sempre e comunque, che il trasporto ha subito un ritardo alla partenza, anche quando, in realtà, si rende necessario sostituire un aeromobile, o rimandarne il decollo anche di ventiquattro ore.

I vettori si giovano, per l'utilizzo di codesta prassi, dell'inesistenza, nel regolamento comunitario, di una definizione di ritardo²⁷⁶ e, quindi, della labilità del confine tra la cancellazione del volo e il ritardo prolungato. Poiché in caso di ritardo, contrariamente alla cancellazione del volo, la disciplina comunitaria prevede il diritto alla sola assistenza e non alla immediata compensazione pecuniaria, il vettore, onde evitare immediati pagamenti ed ostacolare l'esercizio dei diritti del passeggero, nelle comunicazioni ai viaggiatori tende a qualificare qualunque problema del volo come un ritardo.

Il passeggero, informato del ritardo, ed informato del diritto alla sola assistenza, non agisce, né nell'immediato né alla fine del viaggio, per ottenere una compensazione, abdicando così ad un diritto che, se correttamente informato circa la natura dell'inadempimento, avrebbe invece esercitato.

Analoga situazione si ha poi nella comunicazione delle cause del ritardo/cancellazione del volo.

Il vettore, infatti tende a motivare sempre questo genere di inesatto adempimento con generici "motivi di sicurezza".²⁷⁷ Tuttavia, come già osservato nella prima parte della presente disamina, cancellazioni e ritardi sono spesso di natura commerciale, legati

²⁷⁶ Peraltro, il Reg. 261 si occupa solo del ritardo alla partenza, e non di quello all'arrivo, che resta regolato dal diritto nazionale e dal sistema di Montreal /Varsavia

²⁷⁷ Ciò al fine di giovare delle cause di non imputabilità dell'inadempimento, che il Reg. 261 prevede in modo piuttosto generico nel considerando n.14. Come già accennato, il problema della circoscrizione di più precise cause di esclusione della responsabilità è stato oggetto d'esame in sede di revisione ex art. 17 Reg.261. Tuttavia, il primo documento frutto della concertazione, ossia l'*information document* del 17.02.08, non ha risolto il problema, reiterando una generica definizione della causa d'esclusione.

all'inopportunità di far decollare un aeromobile con bassa percentuale di allocazione dei posti, oppure ad un accavallamento di ritardi, che porta a dover sacrificare un volo, per assenza di *slot* nel medesimo orario.

Motivazioni, queste, che non permettono il ricorso, da parte del vettore, alla condizione di esonero di responsabilità prevista dal Reg. 261, ma anche dalla Convenzione di Montreal.

Anche in tale frangente, pertanto, il vettore si limita a non comunicare i motivi della cancellazione del volo o del ritardo, allo scopo di fuorviare il passeggero dall'esercizio dei diritti derivanti gli dalla normativa comunitaria ed internazionale.

Scopo, questo, che integra quella finalità diretta richiesta per configurare la pratica commerciale scorretta, nella specie un'omissione ingannevole.

Tali comportamenti, in base al regolamento comunitario, possono essere sanzionati ai sensi dell'art. 16, quali elusioni del Reg. 261. Tuttavia, l'art. 16 sanziona la mancata applicazione del regolamento, e, quindi, interviene nel caso in cui l'elusione al regolamento medesimo si sia consumata.

Il citato testo di legge, non prevede, per il resto, un obbligo informativo in ordine ai motivi del ritardo o della cancellazione del volo, né obblighi di comunicazione della corretta qualificazione della fattispecie concreta.

Sotto codesto profilo, quindi, la disciplina di cui al D.Lgs 146/07 si troverebbe a colmare una lacuna e ad agire in modo concorrente e complementare alla norma dell'art. 16 REG. 261/2004/CE.

IV

La qualificazione giuridica dell'*overbooking*

4.1. PREMESSE SUL DOLO-RAGGIRO - 4.2 *OVERBOOKING* E DOLO-RAGGIRO - 4.3 *OVERBOOKING* E TRUFFA CONTRATTUALE - 4.4. QUALIFICAZIONE DELL'*OVERBOOKING* NELLA FASE ESECUTIVA DEL CONTRATTO

Al contrario del ritardo e della cancellazione del volo, che costituiscono chiaramente forme di inadempimento del vettore, l'*overbooking*²⁷⁸ ha una più difficile qualificazione, in ragione di una serie di peculiarità. Innanzitutto, la mancanza di qualsivoglia previsione o definizione della fattispecie nel diritto internazionale uniforme; fatto che ha dato origine a vari tentativi dottrinari per ricondurre la fattispecie nell'alveo del ritardo²⁷⁹. Quindi, il suo generarsi non nella fase di esecuzione del trasporto – momento in cui l'uso della sovra prenotazione può appalesarsi – ma nella fase di formazione del contratto.

Ed invero, fondamento dell'*overbooking*²⁸⁰ è la consapevolezza del vettore di ricevere più prenotazioni di quelle effettivamente accontentabili nell'aeromobile, e di farlo strumentalmente, sulla base di calcoli probabilistici, in un'ottica di ottimizzazione del riempimento del velivolo e, quindi, del profitto.

Come osservato nel capitolo che precede, una tale pratica incide necessariamente sull'oggetto del contratto, che non è più il trasporto su un determinato aeromobile e entro un determinato tempo, ma diviene il trasporto alla destinazione prefissata, con le

²⁷⁸ Non si parla, in questo frangente, di diniego d'imbarco, ma di quella particolare fattispecie generante il diniego, che è, appunto, la sovrapprenotazione. E difatti, pur se la normativa europea ha ormai abbandonato lo stretto concetto dell'*overbooking*, per disciplinare il complesso dei fenomeni che conducono a non imbarcare un passeggero con prenotazione confermata, solo nella sovrapprenotazione (che è poi il fenomeno più rilevante numericamente) si versa nella particolare situazione in cui il vettore sa preventivamente, già al momento della conclusione del contratto, della possibilità di impedimenti all'adempimento. Al contrario, nel caso di mutamento di aeromobile con uno meno capiente, o nel caso di perdite delle coincidenze (ammesso che quest'ultimo caso possa essere ricondotto al diniego d'imbarco, e non negando che in senso contrario parrebbe essersi pronunciata la Commissione Europea con il documento di interpretazione del Reg. 261/04/CE, concertato con le associazioni dei vettori – cfr cap.2), il fatto impeditivo dell'imbarco è successivo alla conclusione del contratto ed imprevisto.

Per una disamina del nuovo concetto di diniego d'imbarco, di cui al Reg. 261/04, e della sua capacità di includere l'*overbooking*, ma anche altre fattispecie, si veda ZAMPONE A., *La responsabilità del vettore aereo per negato imbarco e cancellazione del volo*, cit., pag. 78, con richiamo a TULLIO L., *overbooking o ritardo?*, in *dir. Trasp.*, 2001, pag. 185

²⁷⁹ Sul punto si veda il capitolo 2 del presente elaborato.

²⁸⁰ Si veda, oltre ai già citati autori al capitolo 2, MAGNOSI S., *Brevi considerazioni in tema di mancata esecuzione del trasporto aereo*, in atti del Convegno "Trasporto aereo e tutela del passeggero nella prospettiva europea", Sassari 15-16.04.05 e IURILLI C., *La responsabilità del vettore aereo e la tutela comunitaria ed internazionale del consumatore*, in *Manuale di diritto del consumatore*, a cura di IURILLI C., Giappichelli, pag. 663 ss

modalità ed i tempi che il vettore deciderà, entro un ragionevole lasso di tempo rispetto all'orario indicativamente delineato.²⁸¹

Nell'ottica del ragionamento svolto nel capitolo precedente, in ordine alla vessatorietà o meno di una clausola volta a determinare in tal senso l'oggetto del contratto (nell'eventualità, oggi non attuata, che il vettore decidesse di dedurre nel contratto l'uso dell'*overbooking*), ai sensi dell'art. 1341 c.c., prima, e dell'art. 33 cod. cons., dopo, si dovrebbe concludere innanzitutto per una non rilevanza, ex art. 1341 c.2 c.c., delle clausole incidenti sull'oggetto contrattuale. Quanto poi ad un giudizio ex art. 33 cod. cons.²⁸², pur se, a prima vista, si potrebbe ritenere configurabile la situazione di cui all'art. 33 lett. m), tuttavia, a ben guardare, una simile previsione non è equiparabile alla riserva di modifica delle modalità esecutive del contratto, ma va a mutare l'oggetto stesso del negozio, che passa da una prestazione composita, di trasporto con un determinato posto²⁸³, ad un trasporto *tout court*, entro un determinato lasso di tempo.

L'aeromobile ed il posto individuato al momento della prenotazione, pertanto, non sono certi, ma solo probabili, e vanno a costituire parametri su cui valutare l'interesse contrattuale del passeggero²⁸⁴ e, di conseguenza, l'adeguatezza dell'adempimento del vettore.²⁸⁵

Un tale argomentare, tuttavia, è privo di utilità, atteso che, nella prassi del vettore, l'*overbooking* non è dedotto nel contratto. Ed infatti, esiste nelle condizioni generali di contratto la previsione che, nell'eventualità di *overbooking*, il vettore provvederà a

²⁸¹ DEIANA M., *Riflessioni sulla sovra prenotazione nel trasporto aereo*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, a cura di DEIANA M., ISDIT, 2005: "il passeggero-contraente (senza esserne informato, ma anzi essendo convinto di acquistare un diritto pieno) acquista un diritto la cui efficacia sembra condizionata sospensivamente alla cancellazione di un certo numero di prenotazioni; verificatasi tale condizione il diritto acquista piena efficacia ed il passeggero contraente viene imbarcato (...) Conduce a risultati interessanti il ragionare sull'oggetto del contratto, riconoscendo che il passeggero contraente sta acquistando non il diritto ad essere trasportato, ma la mera probabilità ad essere trasportato; egli sta quindi realmente acquisendo la disponibilità di un bene di natura diversa e di valore notevolmente inferiore rispetto a quello che è convinto di acquisire"

²⁸² Ed in particolare della lettera m), laddove taccia di vessatorietà la clausola che consente al professionista di modificare unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione: "...consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso".

²⁸³ Sul punto la già citata VERDE L., *la prenotazione nel traffico passeggeri marittimo ed aereo*, in *Dir. Trasp.* n.1/91, ma anche, per una disamina sul contenuto della prenotazione nel trasporto aereo di persone, si veda BUSTI S., *il contratto di trasporto aereo*, cit. pag.107 ss.

²⁸⁴ Oggetto del contratto è, invero, l'intera operazione, giuridica e pratica, voluta dalle parti. Sul punto PIETROBON, *L'errore*, in *encl. Giur.*, Treccani, pag. 7

²⁸⁵ Infatti l'orario di partenza dell'aeromobile, pur se eventuale, resta indicativo. Difatti, esso non a comunque mai parte del contratto, ma è parametro per giudicare la puntualità dell'adempimento, in un'ottica di tempo medio di percorrenza. Così ZAMPONE A., cit. al cap.3. Ugualmente, l'aeromobile eventuale costituisce parametro del livello di comfort atteso, degli orari presunti, nonché dei servizi accessori eventualmente richiesti.

forme di compensazione – secondo schemi elaborati dai singoli vettori, ai fini di un uso su voli esclusi dall'ambito di applicazione della normativa comunitaria -, pur tuttavia, in nessun contratto viene dedotto se e in che misura è praticato l'*overbooking*, né al singolo acquirente viene comunicato se, al momento della prenotazione/acquisto, egli è ancora nei limiti di capienza dell'aeromobile o se, piuttosto, stia già prenotando un posto inesistente²⁸⁶.

Orbene, questa totale carenza di informazione caratterizza la fattispecie dell'*overbooking*, che è un elemento sconosciuto ed inatteso del contratto, volutamente in esso non dedotto.

Al momento della conclusione del negozio, pertanto, il passeggero non sa e non può sapere l'esatto contenuto della controprestazione, poiché è convinto di acquistare uno specifico volo, con aereo, posto ed orario predeterminato, mentre, in realtà, sta acquistando il trasporto su quello o su una serie di altri aeromobili, a condizioni simili, entro un ragionevole lasso di tempo, peraltro non specificato.

Al contrario, il vettore conosce esattamente non solo la diversità della prestazione, ma anche la percentuale di probabilità che la prestazione venga – o no - eseguita sul volo e con le modalità prescelte dall'ignaro passeggero.

Se un oggetto del contratto delineato nei termini sopra descritti non importa né vessatorietà né abusività, quello che rende antigiuridica la fattispecie è la condotta del vettore, ossia il silenzio serbato circa l'adozione della pratica e, quindi, circa l'effettivo oggetto del contratto.

E se, come osservato nel capitolo precedente, l'*overbooking* in sé e per sé non è finalizzato all'induzione all'acquisto, il silenzio serbato sull'uso della pratica appare, in verità, esserlo. Ed invero, non si vede per quale motivo tale dato andrebbe taciuto, se non per evitare le conseguenze sulla determinazione contrattuale della controparte.

Riflessioni, queste, che, nelle pagine che precedono, hanno indotto a ritenere configurabile, in questa omissione informativa, una pratica commerciale ingannevole.

Un tale giudizio non può non riverberarsi sulla qualificazione giuridica dell'*overbooking* e, in particolare, sull'osservazione della fattispecie nel momento formativo del contratto, e sui riflessi sul contratto poi (validamente)²⁸⁷ concluso.

²⁸⁶ Si veda il già citato contributo di DEIANA M.

²⁸⁷ Validamente perché, come si vedrà *ultra*, il consenso viziato parrebbe configurare un dolo incidente e, quindi, non essere idoneo ad annullare il contratto, ma solo a concedere il risarcimento del danno.

4.1. Premesse sul dolo-raggiro

Sin dalla disciplina sulla pubblicità ingannevole, la dottrina aveva osservato che “il legislatore procede con empiria, e non pensa all’art. 1439 c.c. it. Ma procede e, involontariamente, modifica il significato dell’art. 1439 c.c.”²⁸⁸

La pubblicità ingannevole, allora, così come la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ora,²⁸⁹ diventano momento di rottura rispetto alle tradizionali costruzioni dei vizi della volontà e confermano, invece, le letture in chiave oggettiva²⁹⁰ dei vizi (in specie del dolo- raggiro), le contiguità tra errore e dolo²⁹¹, la riconducibilità dell’art. 1440 c.c. come specificazione della regola generale dell’art. 1337 c.c.

E, quindi, muovendo le mosse dalle precedenti osservazioni in termine di pratiche commerciali scorrette, questa prima parte dell’analisi sulla qualificazione giuridica dell’*overbooking* vuole profilare la configurabilità di quest’ultimo come dolo (raggiro) incidente²⁹², idoneo a provocare una responsabilità precontrattuale, suscettibile di colpire il contratto valido e, comunque, eseguito.

Contra DEIANA M., *cit.*, che, come si vedrà, ritiene invece che l’errore indotto sia determinante, con la conseguenza di invalidare il contratto.

²⁸⁸ SACCO R., *L’errore e la mancata informazione, in il contratto. Tomo primo*, a cura di SACCO R. – DE NOVA G., UTET, 2004, pag. 565

²⁸⁹ SCHIAVONE G., *dolo (raggiro) e responsabilità precontrattuale, in resp.civ. prev.*, n.04/2008, pag. 786 ss.

²⁹⁰ SAPONE N., *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 2008, pag. 141 ss, in particolare laddove descrive il silenzio della controparte come mezzo di conferma di un’apparenza: “in linea generale si può osservare che di dolo omissivo si può parlare quando il silenzio non è più neutro, ma si carica di un significato di implicita conferma dell’apparenza di una data situazione, apparenza corrispondente alla normalità delle cose, all’*id quod plerumque accidit*. Sicchè l’omessa segnalazione di circostanze che smentiscano tale apparenza assume il significato di una sua conferma ulteriore, dato che per implicito ribadisce l’assenza di evenienze contrarie a quella che in quel preciso contesto può ritenersi costituire la normalità”

²⁹¹ Per una visione circa la coincidenza tra errore riconosciuto e raggiro “colposo” si veda SACCO R., *cit.*, ma anche VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, nonché Allara e Giorgi; al contrario per un accostamento tra dolo e violenza si veda Trabucchi, Bianca e Betti. Per una disamina delle diverse posizioni, si veda GAUDINO L., *il dolo negoziale, in I contratti in generale, in il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di CENDON P., pag. 306-307

²⁹² Non si nega che la ricostruzione in chiave di dolo-raggiro, proposta in dottrina da DEIANA M. (che, in vero, ritiene configurabile il dolo *dans causam*) è invece avversata da BADAGLIACCA M., *dolo incidente ed overbooking, in Dir. Trasp.*, 2002, pag. 981 in una sua nota alla sentenza GdP Cagliari 23 ottobre 2001, nonché da MAGNOSI S., *Brevi considerazioni in tema di esecuzione del trasporto...*, *cit.*, pag. 210, in cui l’A. osserva: “in via del tutto generale e sommaria si osserva, in primo luogo, che risulta piuttosto difficile individuare esattamente l’obbligo di informazione che sarebbe stato disatteso dal vettore. Inoltre, davvero non si comprende come sia possibile ravvisare il dolo incidente laddove manchi (come pare in verità mancare nella fattispecie dell’*overbooking*) la particolare volontà di raggirare, da parte del vettore medesimo, la controparte contrattuale”

A tal fine non si può prescindere da alcune brevi premesse sul dolo (raggiro) omissivo e colposo.

Se ormai dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che possa esistere un raggirio omissivo, costituito pertanto dal “non dire”, medesimo accordo non può riscontrarsi circa le qualità che detto silenzio deve avere e sulla connotazione soggettiva dell’agente.

Alcune riflessioni si impongono, innanzitutto sulla possibilità che esista un dolo omissivo²⁹³, in seconda battuta sul fatto che codesta omissione possa essere costituita da una semplice reticenza²⁹⁴ ed infine sugli elementi su cui la reticenza si deve andare ad appuntare²⁹⁵; una riflessione è, poi, utile in ordine alla necessità che il raggirio sia compiuto con *calliditas*, con maliziosità volta a carpire la buona fede dell’altro contraente o se sia bastevole che vi sia un elemento di colpa, che può esser fatto derivare in modo diretto dall’esistenza di obblighi informativi.

Anche su quest’ultimi è necessario spendere alcune parole circa la necessità che ne esistano di specifici o se piuttosto non sia possibile ricondurre l’intera disciplina ad un obbligo informativo generico, o meglio generale, ossia legato all’esistenza di una regola generale di correttezza che impone l’obbligo di informare l’altra parte del negozio. Regola che si può ravvisare nell’articolo 1337 c.c..

Orbene si muovano le mosse dalla prima affermazione: ossia se il dolo possa essere omissivo oltre che commissivo.

Giurisprudenza e dottrina hanno convenuto sul fatto che possa esistere un dolo omissivo. Le formulazioni della giurisprudenza tendono a qualificare l’omissione con un *quid in più* del semplice silenzio²⁹⁶. Costruzione questa sposata anche da parte della dottrina²⁹⁷, legata ad una concezione tradizionale che voleva il dolo sempre associato

²⁹³ Si veda GAUDINO L., *cit.*, pag. 270 ss per una disamina sulla possibilità o meno di un raggirio omissivo.

²⁹⁴ Per una rassegna giurisprudenziale si veda anche Sapone N., *cit.*, pag. 139 ss.

²⁹⁵ Vedi GENTILI A., *Dolo*, in *Encicl. Giur.*, Treccani

²⁹⁶ Cass. Civ. n. 20260 del 19.09.2006 parla di dolo omissivo qualora “s’inserisca in una condotta che si configuri, in rapporto alle circostanze e al complesso del contegno che determina l’errore del *deceptus*, quale malizia o astuzia volta a realizzare l’inganno perseguito”

²⁹⁷ “Secondo la tesi che possiamo chiamare restrittiva, silenzio, reticenza, e persino mendacio non influiscono sulla validità del contratto” GAUDINO L., *cit.*, pag. 270. Si veda anche sul punto DOGLIOTTI M. – FIGONE A., *Giurisprudenza del contratto*, Vol. III, Giuffrè, 2003, pag. 263: “quanto alla reticenza e al silenzio, talora essi, come già le menzogne, sono stati considerati sufficienti per l’annullamento, semplicemente quando occultino un fatto che, se conosciuto dal contraente, ne avrebbe determinato altrimenti la volizione; talora si richiede invece che tale comportamento passivo si accompagni ad una condotta di malizia ed astuzia volta a realizzare l’inganno (e questo sembra oggi l’orientamento maggioritario); talora, infine, si esclude che il silenzio possa costituire ipotesi di dolo, salvo che esista,

ad una condotta di matrice penalistica, fatta di maliziosità e nascondimenti ad arte. Una posizione, questa, che negli ultimi tempi ha incontrato contrasti²⁹⁸, anche alla luce di una serie di interventi legislativi che hanno portato a dare sempre più rilievo agli obblighi informativi in alcune fattispecie tipiche. Si deve allora concludere che un'analisi sulle caratteristiche del silenzio non può non muovere le mosse da una verifica dell'esistenza di un obbligo informativo.

Parte della dottrina vuole che il silenzio abbia rilevanza solo in presenza di un dovere informativo specifico.²⁹⁹ La costruzione ha mosso i suoi passi a partire dalla disposizione codicistica dell'art. 1892 che consente all'assicuratore di sciogliere il contratto laddove l'assicurato sia stato reticente su alcune informazioni relative al rischio dedotto nel contratto.³⁰⁰ Questa regola è stata vista per anni come un'eccezione, e quindi l'interprete è andato ricercando nella congerie normativa vari singoli doveri di informazione per specifiche situazioni. Un'analisi invece dell'articolo 1337 c.c. dovrebbe indurre a ritenere che l'obbligo informativo sugli elementi caratterizzanti il contratto ossia inerenti il contratto è sempre presente e che integra quel dovere di correttezza che il codice genericamente impone a tutte le parti.³⁰¹

Non si potrebbe allora ritenere che soltanto in alcune situazioni le parti debbano comportarsi con quella correttezza che si sostanzia nel dovere informativo.

Ma se così è, allora la reticenza è sempre rilevante, tranne quando si appunti su dati estranei al contratto³⁰². E detto interesse andrà valutato alla stregua di quello che è

per disposizione di legge o per la particolare natura del contratto, un dovere di comunicazione (sotto quest'ultimo profilo, cfr App. Firenze 25.06.65 in *Giur. It.*, 1966, I,2,446)"

²⁹⁸ "ai fini quindi dell'assimilazione della reticenza al dolo ciò che conta soprattutto è l'accertamento dell'efficacia della reticenza come mezzo di inganno. E qui si impone una constatazione di fatto: non si può dubitare al giorno d'oggi che l'inganno può perpetrarsi attraverso la reticenza" VISINTINI G., *cit.*, pag. 97

²⁹⁹ GALGANO F., *Il contratto*, CEDAM, 2007, pag. 328: "il dolo omissivo dovrà considerarsi causa di annullamento del contratto ogni qualvolta, date le circostanze, si deve ritenere che il contraente avesse l'obbligo di informare l'altra parte"

³⁰⁰ Sul punto GAUDINO L., *cit.*, pag. 273 ss; VISINTINI G., *cit.*, pag. 40ss

³⁰¹ Si veda le recenti sentenze Cassazione S.U.n.26725 e n. 26724 entrambe del 19.12.2007 con i commenti di SCHIAVONE G., *cit.* e SANGIOVANNI V., in *I contratti*, n.3/08, pag. 231 ss, nonché GENTILI A., in *I contratti*, n.04/08

³⁰² SACCO R., *cit.*, pag. 555: "La contrarietà alla buona fede, praticamente, dipenderà dall'oggetto del mendacio. L'agente ha diritto di occultare fatti che concernono esclusivamente la propria sfera; ad esempio occultare l'uso che farà dell'oggetto acquistato, nonché l'utile che ricaverà dall'affare, e così via."

l'oggetto del contratto³⁰³, inteso come l'insieme degli interessi “messi in gioco” dalle parti.

Tale definizione colpisce laddove si consideri che nel dolo-raggiro non rileva soltanto l'errore indotto sugli elementi essenziali ex art. 1429 c.c., ma rileva anche quello sui motivi che siano stati dedotti dalle parti nella trattativa. E' proprio su questo punto che può essere tracciata una linea di confine tra l'errore riconosciuto e il raggiro; ed infatti è chiaro che la reticenza qualificata come raggiro ha alla base un errore della controparte che sia riconosciuto e taciuto. Vero è che la diversità tra errore e dolo è nella genesi della falsa rappresentazione, che nell'errore è endogena e nel dolo esogena, legata ad un'attività esterna³⁰⁴; ma un soggetto che, proprio perché i rapporti sono improntati a correttezza, si affida alla controparte, nel non sentirsi dare una serie di informazioni riterrà che quelle circostanza non esistano, perché sa che altrimenti la controparte gliel'ebbe comunicate. Questa falsa rappresentazione, quindi, seppure in qualche modo nasce da una percezione individuale del soggetto che sta errando, è in realtà indotta dal silenzio dell'altra parte. Nel momento in cui il silenzio è causalmente connesso con l'errore si può quindi parlare di raggiro omissivo³⁰⁵. Contrariamente all'errore che dovrebbe appuntarsi necessariamente sugli elementi elencati nell'art. 1429 c.c.³⁰⁶, questo raggiro potrà riguardare anche i motivi.

³⁰³ PIETROBON V., *cit.*, pag. 7: “Le due parole, natura e oggetto del contratto, potrebbero essere intese come rivolte ad indicare insieme una medesima realtà. La quale, tuttavia, non può consistere solo nell'errore sulla causa, ma deve riguardare l'intera operazione, sia giuridica sia pratica, voluta dalle parti. Non soltanto allora l'errore sugli effetti predisposti dalle parti, ma altresì l'errore sulla realtà che questi effetti debbono disciplinare. L'errore sull'oggetto del contratto appare quindi come l'errore sul conflitto d'interessi che il contratto è chiamato a disciplinare, quello che è stato anche chiamato, con riferimento all'oggetto del contratto in generale, materia del contratto.”

³⁰⁴ Per un'analisi sugli elementi di differenziazione tra dolo ed errore si veda LECCESE L., *L'errore*, in *I contratti in generale. Volume XI*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di CENDON P., UTET, 2000, pag.71 e ss. ed ancora “...la falsa rappresentazione della realtà che ha indotto la parte alla conclusione del contratto nell'errore è endogena, mentre nel caso di dolo è esogena” Cass. Civ. n.19138 del 23.09.2004

³⁰⁵ GAUDINO L., *cit.*, pag.280: “in realtà, è facile constatare che le soluzioni volta a volta adottate dai giudici non discendono affatto da particolari prese di posizione a livello teorico; né sembra possibile evidenziare, nella valutazione dei comportamenti imputati al convenuto, le tracce di una ricerca affannosa di quel plus che dovrebbe colorare la semplice menzogna: per i giudici ciò che basta ai fini dell'annullamento, in tutti i casi, è semplicemente la sussistenza o meno di un nesso di causalità fra la falsità ed il consenso”

³⁰⁶ Parte della dottrina ritiene che l'art.1429 non sia tassativo e che quindi l'essenzialità vada sempre valutata alla stregua dell'oggetto del contratto. Tale tesi, recepita da Cass. Civ. n. 3262 del 16.12.1960 è criticata da PIETROBON V., *cit.*, pag.4: “Questa nozione unitaria di essenzialità, tuttavia, non consente di ampliare il numero delle ipotesi elencate dall'art. 1429 c.c.. Non sembra possibile sostenere che l'elenco abbia carattere esemplificativo, perché esso non comprende previsioni di fatti, ma concetti, i quali pertanto non possono essere esempi che di sé stessi”.

Ci si deve ora chiedere se abbia senso dare valore, ai fini della configurazione del raggiro, soltanto ad un silenzio intenzionale, cioè caratterizzato da dolo, inteso come elemento soggettivo del *deceptor*, o se invece non sia più corretto ai sensi dell'art. 1337 c.c., dare giuridica rilevanza anche alla reticenza colposa.

Sul punto, innanzitutto, soccorre il fatto che la norma codicistica non prevede e non impone l'elemento dell'intenzionalità e non regola in alcun modo la situazione soggettiva dell'agente. C'è stata soprattutto da parte della giurisprudenza la tendenza a schiacciare e fondere le due fattispecie del dolo raggiro (civilistico) e della truffa; ma le due fattispecie non possono coincidere. Mirare a tale fusione significa – immotivatamente – allontanarsi dalla possibilità che esista un dolo omissivo colposo.

Dinanzi all'irrazionalità del fatto che un soggetto incolpevole venga sfavorito rispetto ad uno colpevole, anche la dottrina favorevole ad un'interpretazione orientata alla necessità dell'intenzionalità del raggiro ha però ritenuto che l'omessa informazione dovesse avere comunque rilevanza ai sensi del 1337 c.c., ritenendo che avesse come conseguenza solo la risarcibilità, senza integrare il vizio della volontà. Questo ragionamento ha spiegato i suoi primi passi da un'osservazione della responsabilità precontrattuale da omessa informazione nel caso di un contratto validamente concluso. Ed infatti, se nel passato dottrina e giurisprudenza ritenevano che la responsabilità pre-contrattuale riguardasse soltanto le trattative abbandonate³⁰⁷, credendo che una volta concluso il contratto venisse meno qualunque interesse a far valere eventuali scorrettezze compiute durante le trattative, tale tendenza si è in tempi recenti invertita, concedendo al soggetto incolpevole il diritto di vedersi comunque risarcire, laddove vi sia una lesione.

Questa tesi è stata utilizzata da parte della dottrina che ha sposato una teoria intermedia tra quella dell'irrelevanza della reticenza colposa e quella della configurabilità del dolo-vizio proprio anche in caso di colpa, per ritenere di dover distinguere tra la reticenza dolosa, qualificabile quale vizio della volontà, ed un silenzio colposo, idoneo semplicemente ad essere causa di responsabilità precontrattuale.

A ben vedere, appare opportuno concludere per la configurabilità del vizio della volontà anche in caso di reticenza. Ciò ancor di più se si guarda alla norma sul dolo incidente. Difatti, non sempre quel silenzio che integra il vizio della volontà spinge a

³⁰⁷ PATTI G – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Art. 1337-1342 c.c.*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da SCHLESINGER P., Giuffrè, 1993

stipulare un contratto che non si sarebbe altrimenti concluso; ma alle volte conduce semplicemente a stipulare un contratto a condizioni meno favorevoli, di modo che il soggetto danneggiato avrebbe diritto a conseguire il risarcimento³⁰⁸.

Questo risarcimento altro non potrebbe essere, se non quello previsto dalla regola generale dell'art. 1337 cc. Ed allora, così ragionando, l'art. 1440 cc. altro non diventa se non una specificazione dell'art. 1337 cc³⁰⁹, nel caso particolare del vizio della volontà, o, meglio ancora, di un vizio che non colpisce fino in fondo il negozio, ossia di un cd. vizio incompleto.³¹⁰

4.2 overbooking e dolo-raggiro

Date codeste premesse l'analisi può spostarsi nuovamente sulla fattispecie in esame.

Si dà il caso di un trasporto aereo in cui il passeggero non è assolutamente informato del fatto che il posto che acquista potrebbe non esistere. L'acquirente conosce un contenuto contrattuale diverso rispetto a quello (reale) noto alla controparte che, al contrario, sa che il posto prenotato potrebbe non essere disponibile e sa che le modalità del viaggio verranno da lui stesso rimodellate con altri orari, entro un tempo congruo, demandato al suo arbitrio, o che tale sarebbe senza l'intervento correttivo-sanzionatorio della legge.³¹¹

Tra tale omissione informativa e l'acquisto di un biglietto aereo ad un determinato prezzo, vi è, senza dubbio, un nesso di casualità, indipendente dall'intenzionalità del vettore. Né si può ritenere che non esista un obbligo informativo circa l'uso

³⁰⁸ Sacco R., *cit.*, pag. 573: "il dolo è determinante quando induce la vittima a procurarsi un bene o un servizio di cui non ha bisogno (o a privarsi di un bene che gli è necessario). Il dolo è incidentale se induce la vittima a promettere, in vista della controprestazione, più di quanto convenisse. Il primo incide sull'oggetto della stipulazione o della promessa, il secondo sulla misura della prestazione promessa o stipulata."

³⁰⁹ In tal senso Cassazione Civile n. 2956 del 29.03.99 in *Giur.it.*, 2000, 1192: "La norma dell'art. 1140 c.c. costituisce applicazione del principio generale di buona fede contenuto nell'art. 1337 c.c. (responsabilità precontrattuale), che impone alla parte un dovere di correttezza nel corso della formazione del contratto".

³¹⁰ Per usare le parole di Mantovani, così come citate in CARINGELLA F., *La responsabilità precontrattuale*, in *cit.*, pag. 58-59

³¹¹ Il regolamento 261 parametrizza il ritardo della riprotezione del viaggiatore alla lunghezza del tragitto, fornendo così dei criteri di valutazione e prevedendo per il passeggero la possibilità della risoluzione del contratto.

dell'*overbooking* su un dato trasporto, atteso che tale dato incide direttamente sulla prestazione oggetto del contratto.³¹²

Pare più opportuno ritenere che, nel caso di specie, non si possa parlare di dolo determinante, poiché il passeggero non si risolve all'acquisto del biglietto aereo perché inconsapevole del *overbooking*. La reticenza non sembra avere questa incidenza. Quel che risulta colpita è piuttosto la libertà contrattuale di valutare il prezzo, e quindi il valore, del servizio acquistato, attraverso l'esatta conoscenza del contenuto e non basandosi su false rappresentazioni in grado di sviare la propria valutazione. Si versa quindi in una ipotesi di dolo incidente³¹³ che, come tale, può condurre ad un risarcimento del danno che ha "funzione sostanziale di rettifica"³¹⁴ degli equilibri lesi. Un'ultima annotazione deve essere fatta in termini di *dolus bonus*, laddove si ritenga che alcune pratiche commerciali possono costituire degli accorgimenti, anche maliziosi, noti e tollerati nella pratica degli affari.³¹⁵

Il *dolus bonus*, nato da una colorazione colposa dell'affidamento nutrito dal terzo, raggirato da un mendacio inidoneo all'inganno, perché grossolano, ha come presupposto non solo l'inidoneità della menzogna, ma anche, appunto, la scarsa diligenza del soggetto ingannato, che poteva rendersi conto del raggio e poteva ben procurarsi le informazioni necessarie.

Tali considerazioni conducono a dover valutare le qualità del soggetto ingannato.

Dottrina e giurisprudenza risalente si affidavano al paradigma di un uomo di media diligenza³¹⁶, con la criticabile conseguenza che "da questa concezione deriverebbe una implicita norma cardinale, secondo cui il contraente sarebbe libero di speculare sul fatto che la controparte è intellettualmente debole"³¹⁷

³¹² Peraltro uno specifico dovere di informazione nei confronti del consumatore è da rinvenirsi nell'art.22 cod. cons.

³¹³ In tal senso la sentenza Giudice di Pace di Cagliari del 27.06.03 in *Riv. Giur.Sarda*, 2004, 178: "Una compagnia aerea che pratica l'*overbooking* è responsabile sia di inadempimento contrattuale che per fatto illecito ex art. 1440 c.c., ed è tenuta pertanto al risarcimento dei danni al passeggero" ma anche Giudice di Pace di Cagliari del 22.10.01: "tuttavia una compagnia aerea che pratica l'*overbooking* è comunque tenuta al risarcimento del danno ex art. 1440 c.c. a causa dei raggiri posti in essere dalla stessa, che determinano per l'altro contraente condizioni più onerose nell'esecuzione del contratto."

³¹⁴ SACCO R., *cit.*, pag. 573: "Questa è la ragione per cui il dolo determinante conduce all'annullamento, e il dolo incidente conduce ad un risarcimento che ha tutti i caratteri della rettifica."

³¹⁵ Secondo il brocardo *in pretio emptionis et venditionis naturaliter licet contrahentibus se circumvenire*

³¹⁶ "la caratteristica del dolo buono starebbe in ciò, che esso non è idoneo ad ingannare l'uomo di normale diligenza" così SACCO R., *L'errore e la mancata informazione, cit.*, nel parafrasare ALLARA, *Dolo ed errore inexcusabile*, in *Foro Lomb.*, 1931, 875

³¹⁷ SACCO R., *L'errore e la mancata informazione, cit.*, pag.569. Ed infatti prosegue l'A.: "Come ciò si concili, a tacer d'altro, con l'obbligo di lealtà imposto alle parti nelle trattative, è un mistero. In sede di interpretazione delle norme penalistiche sulla truffa non si richiede, per l'esistenza del reato, l'astratta

Una posizione questa abbandonata alla luce delle recenti interpretazioni dell'art.1337, favorite dagli interventi legislativi in ordine agli obblighi informativi³¹⁸ ed in relazione alla tutela del consumatore.³¹⁹ In tale ottica, il dolo buono andrà interpretato in senso debole, ossia con un'analisi in concreto circa il verificarsi o meno dell'inganno, non parametrato ad un uomo medio, ma all'uomo in concreto coinvolto dalla vicenda.³²⁰ A detto parametro si deve poi aggiungere quello dell'effettiva reperibilità delle informazioni.³²¹

idoneità della menzogna o dell'artificio ad ingannare, purchè sussista in concreto l'induzione in errore, munita di tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi (intenzionalità). Per cui, evidentemente, diritto penale applicato e massime civilistiche dovrebbero condurre all'assurda conclusione che non sempre la truffa è raggio nel senso degli artt. 1439-1440 c.c. Questi rilievi consentono di accogliere con favore il tentativo dottrinale, ora dotato di seguito in giurisprudenza, teso a rivalutare, come requisito del raggio, la concreta induzione in errore. Analogamente, pare da incoraggiare l'idea di alcuni interpreti, secondo cui la liceità dell'artificio astrattamente idoneo ad ingannare vin ridotto di importanza in quanto essa sussisterebbe soltanto nel quadro di quei comportamenti che, per quanto ingannevoli, appaiono intollerabili secondo il comune apprezzamento. La difesa della liceità del dolo buono ci pare condotta con argomenti poco probanti. Si invoca la sicurezza delle contrattazioni, che verrebbe minata se il dolo buono inficiasse la validità del negozio. A noi pare che, quando gli interpreti chiariranno che ogni induzione in errore conduce all'invalidità, i contraenti rinunceranno ad adoperare il dolo buono come arma di convincimento, ed il temuto rischio delle invalidità dilaganti verrà agevolmente superato". Sul punto anche GENTILI A., *il dolo, cit.*, pag.4: "un dichiarato timore di ostacolare la sicurezza dei traffici ha spinto la letteratura a tenere fuori dalle ipotesi degli artt. 1439 e 1440 c.c. il cd. *dolus bonus*, inteso come l'insieme di accorgimenti, anche maliziosi, normalmente tollerati nella pratica degli affari. In realtà in questo modo si è tutelata solo la sicurezza delle vendite, e quindi gli interessi mercantili"; nonché REALMONTE, 1994, pag. 132: "pur avendo dalla sua il sostegno di un'autorevole dottrina, l'affermata irrilevanza del raggio riconoscibile da una persona di ordinaria diligenza suscita nell'interprete non poche perplessità. In un sistema nel quale i rapporti negoziali risultano improntati alla regola del comportamento secondo correttezza, i mantenimento di una tralaticia enclave dove i furbi hanno la meglio sugli sprovveduti sembra infatti poco giustificabile"; nonché GAUDINO L., *cit.*, pag. 296.

³¹⁸ "negli ultimi anni, sono andati moltiplicandosi gli interventi idonei ad incidere – imponendo obblighi informativi- sul momento della contrattazione, nonché sulla disciplina pubblica e privata della pubblicità commerciale; la rivalutazione delle norme in materia di buona fede nelle trattative induce a dubitare della possibilità di conciliare i discorsi sul dolo buono con i sempre più ampi doveri di lealtà e correttezza" GAUDINO L., *cit.*, pag.305

³¹⁹ "perciò, la diffusione – a partire da esperienze anglosassoni – di nuove tutele del consumatore, e in specie la crescente preoccupazione per l'influenza della reclame non obiettiva, hanno indotto alla revisione dell'opinione, prima consolidata, per la quale era demandato alla pratica degli affari segnare il confine dell'illiceità" GENTILI A., *il dolo, cit.*, pag.4

³²⁰ "si respinge la domanda di annullamento fondata su un dolo buono quando si ritiene che in concreto il dolo buono non abbia ingannato nessuno." SACCO R., *cit.*, pag 571

³²¹ GAUDINO L., *cit.*, pag 297: "si tratta allora, data la tipicità delle condotte potenzialmente ingannevoli, di porre l'accento sulla posizione dell'ingannato, il quale incontra un limite al diritto di fondarsi ciecamente di quanto viene rappresentato dalla controparte; limite mobile, che impone bensì al contraente degli obblighi di diligenza, che appaiono però calibrati in funzione di una pluralità di variabili: dalla facilità di accesso alla informazioni (che, ove sperequata, incrementa il dovere di parlare), alla natura più o meno fiduciaria del rapporto; alle caratteristiche soggettive delle parti e così via. In un ordine di idee non distante sembra collocarsi che ricorda l'utilità – nella ricerca di soluzioni al problema della distribuzione degli obblighi di informazioni tra le controparti – degli strumenti dell'analisi economica del diritto: strumenti che indicano come le regole giuridiche debbano tender ad incentivare la raccolta delle informazioni da parte del soggetto in grado di raccoglierle a minori costi."

Dati questi presupposti ed osservato l'*overbooking*, come sin qui tratteggiato, non si può qualificare la reticenza del vettore sotto la specie di una prassi commerciale nota, e quindi, su cui non era necessaria l'informazione. Ciò non solo per lo specifico obbligo informativo - limitato ai contratti *B to C* - che si rinviene nell'art. 22 cod. cons.; ma anche per l'assoluta impossibilità per il passeggero di procurarsi autonomamente le informazioni relative alle prenotazioni su un dato aeromobile.

Ultimo profilo circa la qualificazione dell'*overbooking* in fase prenegoziale riguarda poi la possibilità di integrare comunque responsabilità anche in caso di insufficienza dell'induzione in errore. Ed inverso, quand'anche si volesse ritenere che la reticenza sia inidonea all'inganno, comunque il passeggero si troverebbe in una situazione di errore, dettata da una carenza di informazioni che non erano nella disponibilità dell'errante ma solo della sua controparte. Un errore di tal fatta, avendo natura essenziale sì, ma non determinante, quanto solo incidente³²², è comunque frutto di una scorrettezza contrattuale e può comunque trovare copertura nella disciplina della culpa in contraendo.³²³ Analizzando, quindi, la fattispecie dell'*overbooking* nella fase di formazione del singolo contratto di trasporto aereo, sia che si propenda per una configurazione del dolo incidente sia che, al contrario, si ravvisi un errore incidente, non rilevante come vizio della volontà, non si può comunque escludere la conseguente responsabilità contrattuale ex art. 1440 cc o ex art. 1337 cc..³²⁴ Tale prospettiva pone due problematiche: se il danno precontrattuale sia risarcibile in modo autonomo da quello contrattuale, anche a contratto concluso, sia in caso di corretta esecuzione, sia in caso di inadempimento; e quale sia il danno risarcibile ed i criteri per commisurarli. Il fatto che la scorrettezza precontrattuale faccia permanere il diritto al risarcimento del danno, non solo in caso di recesso ingiustificato dalla trattative, ma anche in caso

³²² E' da rilevarsi che parte della dottrina ritiene configurabile un vizio della volontà anche in caso di errore incidente. Contro un tale argomento si veda PATTI, cit., pag. 121, che critica una sistemizzazione illogica della teoria de vizi, laddove ci si troverebbe con due vizi incompleti (errore e dolo incidente) e ciascuno condurrebbe a ben diverse conseguenze (annullamento uno e risarcimento l'altro): "con riguardo al primo profilo si evidenzia che la tradizionale dottrina secondo cui l'errore incidente è del tutto ininfluenza sulla validità del negozio è stata di recente sottoposta a revisione critica sostenendosi che anche l'errore incidente produce l'annullabilità al pari dell'errore essenziale (...) a nostro avviso può ulteriormente osservarsi che la prospettata interpretazione stravolge il sistema delineato dal codice in tema di vizi della volontà incidente."

³²³ PATTI G. PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., pag. 121 e SCHIAVONE G., *dolo (raggiro) e responsabilità precontrattuale*, in *resp.civ. prev.*, n.04/2008

³²⁴ Laddove la regola del 1337 cc è clausola generale che contempera "il principio di libertà di autodeterminazione con quello di certezza dei traffici o, se si preferisce, con la logica dell'agire economico." CUFFARO V., *responsabilità precontrattuale*, in *Encicl. Giur.*, Giuffrè

di contratto validamente concluso³²⁵, e non solo nell'ipotesi dell'art 1440 cc³²⁶ – in cui nel caso in esame si versa – ma in ogni situazione inquadrabile nell'art. 1337 cc, è dato su cui la dottrina e la giurisprudenza stanno convergendo³²⁷, in aperta rottura con la visione tradizionale, che riteneva irrilevanti, sotto il profilo risarcitorio, poiché superati dal raggiungimento dell'accordo, i comportamenti posti in essere nella fase antecedente.³²⁸

La responsabilità pre-contrattuale rimane voce autonoma rispetto all'obbligazione contrattuale assunta, suscettibile di essere risarcita laddove il contratto, pur valido, sia svantaggioso; con ciò il risarcimento stesso assume una coloritura di rettifica dell'equilibrio contrattuale perduto³²⁹. C'è da chiedersi però se tale responsabilità pre-

³²⁵ CARINGELLA F., *Responsabilità precontrattuale*, in CARINGELLA F. – DE MARZO G., *Manuale di diritto civile. Volume III, Il contratto*, Giuffrè, 2007, pag. 57: “la responsabilità precontrattuale non tocca solo le trattative infruttuose, ma anche quelle fruttuose ma dannose, sfociate cioè in un contratto valido ma sconveniente” ma anche DI MAJO A., *La responsabilità contrattuale*, Giappichelli, 2007, p.9

³²⁶ SAPONE N., *cit.*, pag. 381-382: “come rilevato di recente secondo la maggioranza degli interpreti l'art. 1440 c.c. costituisce norma eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica stante il divieto dell'art. 14 disp. Prel. C.c. Non si tratta però di opinione unanime. Vi è chi in proposito pone l'accento sul dato sistematico, precisamente sulla necessità di coordinare 'art. 1440 c.c. con la norma generale fissata dall'art. 1337: “nella codificazione del 42 la norma dell'art. 1440 sembra conquistare un nuovo significato se coordinata con l'altra innovazione, rappresentata dall'art. 1337 c.c., dove è racchiusa la regola generale, relativa al dovere di condotta secondo buona fede, nella fase che precede la conclusione del contratto, e in cui non è difficile ravvisare, proprio nella disciplina del dolo incidente, una delle applicazioni paradigmatiche; non è dubbio, infatti, che il comportamento teso all'inganno rivesta i caratteri di un contegno contrastante con la regola di buona fede” (Mantovani, 1995, 131). Che l'art. 1440 c.c. non costituisca norma eccezionale bensì espressione di un principio generale è affermazione riscontrabile anche in giurisprudenza. Si rammenta a riguardo la seguente massima: “la norma dell'art. 1440 c.c. costituisce applicazione del principio generale di buona fede contenuto nell'art. 1337 c.c., che impone alla parte il dovere di correttezza nel corso della formazione del contratto (Cass.n. 2956 del 29/03/99)”

³²⁷ CARINGELLA F., *cit.*, pag. 59 Al di là dei vizi incompleti, i tempi sono a questo punto maturi per un più generale ripensamento del principio giurisprudenziale secondo cui la conclusione del contratto valido e d'efficace segnerebbe lo spartiacque al di là del quale non può più esser fatta valere la responsabilità precontrattuale (...) la dottrina minoritaria opina ormai diversamente, influenzata dai principi comunitari in tema di tutela del contraente debole, e prende atto che l'art 1337 cc. Riconosce una generale tutela al soggetto negativamente influenzato da un vizio incompleto”

³²⁸ PATTI G – PATTI S., *cit.*, pag 96 nonché pag 99: “L'accennata interpretazione restrittiva del disposto dell'art. 1337 c.c., a nostro avviso, risulta ingiustificata in base alle regole di diritto positivo, e sostanzialmente frutto di una applicazione acritica di schemi risalenti e di una superficiale considerazione del ruolo svolto dalle regole comportamentali di correttezza. L'idea che la conclusione di un contratto valido copra e renda irrilevanti gli abusi riscontrabili nella fase antecedente la conclusione, denota l'involuzione del sistema e la mancata recezione di istanze che da diverso tempo la dottrina giuridica ha portato avanti al fine di pervenire ad una valutazione dei comportamenti prenegoziali sfrondata da formalismi ed attenta, invece, a garantire il rispetto di regole sostanziali di comportamento”

³²⁹ CARINGELLA F., *cit.*, pag. 57: “in secondo luogo, e correlativamente, il risarcimento del danno, trattandosi non di trattativa infruttuosa ma dannosa, non può che concernere l'interesse positivo differenziale, legato cioè alla comparazione tra gli effetti del contratto stipulato ed il vantaggio che sarebbe derivato dall'esecuzione del contratto ove il suo contenuto non fosse stato in modo deleterio influenzato dal comportamento abusivo. Il risarcimento va cioè commisurato alle migliori condizioni economiche che la vittima avrebbe ottenuto se la controparte avesse agito lealmente. Rilevano sia il

contrattuale sussista e resti autonoma anche in ipotesi in cui il contratto non venga adempiuto e sorga quindi una responsabilità contrattuale per il mancato rispetto del vincolo obbligatorio.

Per un concorso tra le due responsabilità si è pronunciata autorevole dottrina laddove ha ritenuto che le due responsabilità potessero coesistere quando il danno cagionato dalla scorrettezza precontrattuale non andasse a coincidere con quello provocato dall'adempimento, ma, al contrario, colpisse la nascita stessa dell'obbligo. "Non sussiste responsabilità precontrattuale della parte che prima della conclusione del contratto abbia colposamente omissso di rendere edotta la controparte circa l'esistenza di fatti che rendono difficile l'esatta esecuzione dell'obbligazione assunta. In tal caso, essendo l'assunzione dell'obbligo pienamente vincolante, ciò che rileva in via esclusiva è l'inadempimento imputabile dell'obbligazione dedotta in contratto: responsabilità quindi contrattuale (...) Diversamente deve ritenersi nel caso in cui il comportamento contrario alle regole della correttezza non concerna, come nei casi discussi in precedenza, la possibilità di adempiere correttamente agli obblighi assunti, ma incida sulla nascita stessa dell'obbligo, ovvero sulla determinazione del contenuto della prestazione"³³⁰

Nel caso dell'*overbooking* l'omissione consiste, in effetti, nel non aver reso edotta la controparte del rischio di non poter eseguire la prestazione esattamente, o meglio, con le modalità ed i tempi pubblicizzati e su cui il consenso si è formato. Se è vero che tale silenzio incide sul contenuto della prestazione, è pur vero che non ne colpisce l'essenza, ma le qualità, in modo paragonabile ad un vizio del bene o del servizio dedotto nel contratto. Pertanto, il risarcimento per inadempimento va ad assorbire il danno relativo al minor valore del bene oggetto del contratto; quindi, in caso di inadempimento del vettore, non ha più utilità riferirsi ad una *culpa in contraendo*, quando ci si potrà più utilmente riferire alla responsabilità contrattuale *tout court*.

Al contrario, in caso di adempimento corretto del contratto, il passeggero che abbia scoperto l'uso dell'*overbooking* sul volo (magari perché altri, e non lui, non sono stati imbarcati) dovrebbe poter agire in via risarcitoria ex art. 1440 c.c..

danno emergente (parta del prezzo pagata in più rispetto a quello di mercato) sia il lucro cessante (ad es. il mancato guadagno non percepito a causa del fatto che il bene acquistato valga meno del prezzo corrisposto) purchè ne venga fornita la prova dell'esistenza e del nesso eziologico.

³³⁰ PATTI S. – PATTI G., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., pag. 104

Se sul piano dell'*an* il ragionamento non incontra particolari ostacoli, è sul *quantum* che l'interprete trova, in effetti, delle difficoltà.

Ed invero, se pur la dottrina maggioritaria ritiene che, abbandonato il riferimento al cd. interesse negativo³³¹, si debba risarcire il danno pari allo sfavorevole contenuto del contratto, nel caso dell'*overbooking* non esiste un parametro di mercato cui fare riferimento.

Se è vero che un biglietto per un posto "incerto", ha un valore inferiore rispetto ad un biglietto con prenotazione "sicura", detto valore non è quantificato sul mercato.

Si dovrà quindi compiere una valutazione tenendo presente il prezzo complessivo del volo, ma anche la sua durata, così come dedotta in contratto, ed il tempo di riprotezione su un nuovo volo,³³² per arrivare a determinare, ex art. 1226 c.c., una somma idonea a ripristinare l'equilibrio tra le prestazioni.

In tal modo, il vettore che utilizza la pratica dell'*overbooking*, senza darne idonea comunicazione all'atto dell'acquisto di ciascun singolo biglietto, si vedrebbe esposto non solo al rischio di risarcire i soggetti non imbarcati, ma anche a quello di dover compensare, seppur in misura minore, anche i passeggeri regolarmente viaggianti, ma che avrebbero potuto pagare meno quel biglietto, se avessero conosciuto l'effettivo e diverso contenuto della prestazione.

Applicando i principi generali del vizio della volontà si potrebbe ottenere un valido deterrente all'uso della pratica, senza necessità di ricorrere, come prospettato da parte della dottrina³³³, ad improbabili configurazioni penalistiche, in considerazione di un maggior impatto dei costi rispetto ai benefici che la pratica medesima è in grado di

³³¹ "Infatti, quando si afferma che nell'ambito del danno risarcibile rientrano sia le spese fatte ed i costi sostenuti in occasione delle trattative, quale danno emergente, sia la perdita determinata a causa dell'omessa conclusione di altri affari, quale lucro cessante, si configura un risarcimento che già per le ipotesi cennate ben potrebbe, nella sua componente di lucro cessante, risultare maggiore, per concreta fattispecie, del cosiddetto interesse positivo. Tuttavia, quando si abbia consapevolezza del più vasto novero di vicende rispetto alle quali la norma di comportamento è efficace, la formula corrente perde il suo significato qualificatorio, giacchè la nozione teorica non può risultare costringitiva di fronte alla concreta dimostrazione del danno subito a causa dell'altrui condotta contraria a buona fede; la norma dell'art. 1440 c.c. offre, al riguardo, una precisa indicazione positiva. Una volta abbandonata l'angusta prospettiva della rottura delle trattative, e preso, dunque, in considerazione il contenuto effettivo della norma di condotta cui si ricollegano anche doveri specifici di comportamento, non soltanto non si giustifica sul piano logico alcuna limitazione al danno risarcibile, ma potrebbe poi configurarsi la possibilità di un suo risarcimento in forma specifica ove le circostanze lo consentano" CUFFARO V., *Responsabilità precontrattuale*, in *Encicl. Giur.*, Giuffrè

³³² sono questi, del resto, i parametri utilizzati dalla normativa comunitaria per individuare la misura della compensazione in caso di diniego d'imbarco, in base al Reg. 261/04/CE, e facendo salvi i danni ulteriori

³³³ DEIANA M., nel già citato contributo

dare, sulla scorta dell'osservazione che: “non è la mera esistenza di un'obbligazione e della relativa responsabilità ad incentivare l'impresa all'adempimento, ma il valore che gli effetti di tale condotta (e di quelle ad essa alternative), caso per caso, esprimono nell'ambito di una proiezione economica complessa”.³³⁴

4.3 overbooking e truffa contrattuale

Appare opportuno compiere una breve digressione, alla luce dei sempre più frequenti tentativi, operati per lo più dalla giurisprudenza, ed osteggiati dalla dottrina penalistica maggioritaria, tesi a sovrapporre il dolo-vizio della volontà civilistico con la truffa contrattuale ex art. 640 c.p..

L'operazione trae spesso giustificazione dalla volontà di coprire un'area di impunità, all'interno dei comportamenti menzogneri, nonché di rispondere ad istanze volte a sopperire a (presunte) lacune di tutela in sede civile³³⁵. Ecco allora che la giurisprudenza tenta di forzare il dettato normativo, e reinterpretarlo, al fine di “allargare la fattispecie di truffa soprattutto nel campo della truffa contrattuale”³³⁶.

Una tale operazione logico-giuridica incontra però l'opposizione della dottrina, che sostiene che, in tal modo, non solo si estende il significato di una norma che, in quanto penale, è di per sé tassativa e, quindi, non suscettibile di siffatte interpretazioni, ma si sposta il bene tutelato, dal patrimonio alla libertà di contrarre che, se sul piano civilistico incontra la tutela sia dell'art. 1337 c.c., sia degli artt. 1439 e 1440 c.c., sul piano penalistico non è oggetto di tutela, poiché l'art. 640 c.p. ha come interesse il patrimonio, e non la libera determinazione dei contraenti.³³⁷

³³⁴ DI RAIMO R., *Note minime sulle implicazioni sostanziali dell'art. 14 della dir. 2005/29/CE: a margine di una proposta per il suo recepimento*, in *Contratto e impresa/Europa*, n. 01/07, pag. 94

³³⁵ Nel caso di specie il citato DEIANA M. prospetta un eventuale ricorso alla fattispecie penalistica proprio per porre un freno ad un comportamento scorretto, per cui l'ordinamento privatistico non è in grado (o meglio non parrebbe esserlo) di sviluppare forme di tutela che fungano da meccanismi deterrenti dall'uso di determinate pratiche commerciali illecite.

³³⁶ BICO F. – GUZZONI B., *La truffa contrattuale*, Giappichelli, 2003, pag. 155

³³⁷ SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, Giuffrè, 1998, pag. 116: “La necessità di salvaguardare la libertà delle determinazioni che animano i rapporti economici e di garantire l'integrità e lo sviluppo del traffico giuridico non può quindi costituire motivo sufficiente per superare disinvoltamente, attraverso una sorta di incontrollata reazione al dilagare di un fenomeno siffatto, le barriere poste dalla proposizione legislativa al riguardo. Ma, al contrario, nel valutare la portata penalistica di quelle condotte che direttamente ineriscono al rapporto negoziale, sempre più urgente appare l'opportunità di distinguere, in aderenza con l'effettiva portata della disposizione codicistica, la rilevanza concreta di quelle manifestazioni che influendo negativamente sulle regole predisposte dai privati realizzino compiutamente gli elementi strutturali del reato, da quegli altri comportamenti invece, che pur

La condotta richiesta dall'art. 640 c.p., letta alla stregua del principio di tassatività del diritto penale, ha in sé delle caratteristiche tipiche, che limitano il concretarsi dell'elemento oggettivo della fattispecie solo a talune condotte ingannatorie, fatte di avvolgimenti dell'altrui psiche, fornite di peculiari modalità di esecuzione (gli artifici, appunto), alla luce delle quali deve essere valutata anche la condotta omissiva.

Al di là delle diverse determinazioni di gran parte della giurisprudenza, che sempre più tende ad accostare la condotta civilistica del raggiro-vizio della volontà³³⁸ (intesa peraltro nella sua recente interpretazione estensiva³³⁹) a quella della truffa, una tale operazione appare irrispettosa di quella natura di *extrema ratio* che è propria della norma penale, e “rivolta a spersonalizzare il reato attraverso una sorta di volgarizzazione dei vari requisiti, ora svalutando il significato della condotta, con il considerare, tra l'altro, rilevante qualsiasi comportamento menzognero produttivo di danno patrimoniale attraverso il necessario tramite dell'errore del soggetto passivo, ora diluendo inspiegabilmente il concetto di profitto ingiusto e riducendolo a nozione <<quasi inafferrabile>> (Marini, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, pag. 67), ora infine soggettivizzando a dismisura la nozione del danno attraverso l'applicazione di criteri estensivi dell'ambito di operatività della norma, volti cioè a tutelare in ogni modo la libera disposizione del proprio patrimonio”³⁴⁰

delineandosi come violazioni di un medesimo imperativo di buona fede, non rientrano in nessun modo tra gli schemi previsti dalla figura di truffa”

³³⁸ BICO F. – GUZZONI B., *La truffa contrattuale*, Giappichelli, 2003, pag. 155: “ci si riferisce non solo agli indirizzi giurisprudenziali che mirano ad estendere il concetto di artifici e raggiri mediante una ricostruzione in senso causale del reato *de quo* (ritenendo cioè la sussistenza di artifici e raggiri idonei ogniqualvolta si sia, in concreto, verificato un errore da parte del soggetto passivo), ma altresì alle tendenze giurisprudenziali che danno rilevanza al silenzio e alla nuda menzogna ai fini della configurabilità del reato di truffa” ed ancora “Altra parte della giurisprudenza, secondo una tendenza ricostruttiva incline a configurare gli artifici ed i raggiri in maniera alquanto lata, ha finito, invece, per considerare tali qualsiasi espediente utilizzato per indurre altri in errore, inclusa la semplice menzogna. (...) un simile indirizzo applicativo viene contestato in dottrina da FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, parte speciale. Volume II, pag. 138, in quanto estende i confini della punibilità della truffa oltre ogni ragionevole limite, mentre, in coerenza con la concezione del diritto penale come *extrema ratio*, la fattispecie in esame non può essere invocata per reprimere qualsivoglia menzogna (...) La giurisprudenza è orientata ad ammettere la possibilità che il reato di truffa venga realizzato anche attraverso un comportamento omissivo; generalmente a tal fine si richiede l'esistenza di un obbligo giuridico, in capo al soggetto attivo, di rivelare le circostanze taciute” FANELLI A., *Dei delitti contro il patrimonio mediante frode*, in *I delitti contro il patrimonio. Volume XI*, in *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di LATTANZI G. - LUPO E., Giuffrè, 2000, pag. 273 -275. IBIDEM per una rassegna di sentenze in tal senso, nonché in SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, Giuffrè, 1998, pag.126-127

³³⁹ In completa inversione di tendenza, in tempi risalenti era invece la dottrina civilistica a restringere il concetto di dolo-aggirio per modellarlo sui criteri di condotta penalmente rilevante. Del resto, la tematiche della linea di confine tra truffa civile e truffa penale ha coinvolto i giuristi sin dall'ottocento.

³⁴⁰ SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, Giuffrè, 1998, pag.126-127

In realtà, la tipicità della condotta penalistica non può essere superata da accostamenti con gli obblighi informativi,³⁴¹ che hanno in sede civile il loro preciso riferimento normativo nell'art. 1337 c.c., ma, invece, non albergano nella lettera dell'art. 640 c.p.. Ciò ancor più se si osserva il dato letterale della norma, che non parla – come per altri reati invece ha fatto (falsità in scrittura privata etc.) – di semplice menzogna, ma cerca una perifrasi che esprima il *quid* di attività ingannatoria richiesto dalla fattispecie.³⁴²

Pertanto, pur dando atto dell'esistenza, in seno alla giurisprudenza di una tendenziale volontà di allargamento della fattispecie penalistica, e di sovrapposizione con l'istituto civilistico in esame (il dolo – vizio della volontà), non si può non rilevare come codeste istanze appaiano mosse, sì, da un desiderio di accrescimento della tutela, ma non conformi al dettato normativo.

A medesima conclusione si deve quindi giungere nell'analisi del caso dell'*overbooking*; indubbiamente, un risvolto penalistico³⁴³ avrebbe un certo effetto deterrente, ma non può non rilevarsi che si tratterebbe di una forzatura della lettera della legge “al fine di

³⁴¹ “... il silenzio di per sé non varrebbe mai ad integrare il reato di truffa, perché l'equiparazione dell'omettere all'agire è in linea generale esclusa proprio rispetto ai reati di evento a forma vincolata come la truffa (nello stesso senso Mantovani, *diritto. P.s., patrimonio*, 161 s.): infatti artifici e raggiri, se interpretati rigorosamente, implicano un attivarsi diretto ad ingannare la vittima che risulta difficilmente compatibile con un contegno di passività” FANELLI A., *Dei delitti contro il patrimonio mediante frode*, in *I delitti contro il patrimonio. Volume XI, in Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di LATTANZI G. - LUPO E., Giuffrè, 2000, pag. 275-276

Analoga posizione, contraria all'integrazione del reato attraverso il semplice silenzio si rinviene in Marini, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, pag. 69: “per quanti sforzi logici si facciano crediamo che gli artifici o raggiri non possono ragionevolmente ritenersi concretati dalla mera violazione di un obbligo specifico di dire il vero (o di astenersi dal dire il falso o dal tacere quel che si sa) o dall'interferire, con il proprio comportamento menzognero, nella sfera giuridica altrui (cd. menzogna espressiva)”

Ed ancora SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, Giuffrè, 1998, pag.184: “non sembra in linea di massima possibile far rientrare nell'ambito dei moduli causativi punibili quelle attività che operando per il tramite di affermazioni mendaci, si esauriscono nella mera violazione di un obbligo specifico di dire il vero” ed a pag. 188: “... la particolare natura della condotta punibile delineata dal legislatore e le note tipicizzazioni di essa, impediscono di qualificare negativamente ai fini della truffa il comportamento meramente menzognero, cioè il fatto del reo che consiste nell'avanzare un'affermazione mendace, essendo invece necessario, quanto meno, che vi persista ed anche senza darne prova, che respinga gli eventuali dubbi avanzati da controparte”

³⁴² CARACCIOLI, *Reati di mendacio e valutazione*, pag. 111: “se il codice avesse voluto punire anche la menzogna pura e semplice non avrebbe sentito la necessità di ricorrere a formule più ricercate come queste, bastava che avesse parlato di fatti falsi (usando un'espressione del tipo <<chiunque falsamente affermando>>”

³⁴³ Il ricorso a fattispecie penalistiche come misura punitiva e deterrente dell'*overbooking* è stato attuato in Belgio, dove accanto alla sanzione amministrativa, comminata dall'Organismo di Controllo nazionale (NEB), si sovrappone anche la sanzione penale. Sul punto si veda il citato rapporto della Commissione Europea in esecuzione dell'art. 17 Reg. 261/04/CE – cap. 2 della presente trattazione.

far rientrare nella previsione normativa quelle situazioni che viceversa ne sono state escluse”.³⁴⁴

Negando, quindi, validità al ricorso a rimedi penalistici, ancor più si ritiene opportuno sottolineare l'efficacia, anche deterrente, di una tutela risarcitoria nei termini su descritti, ossia andando a colpire l'ingannevolezza dell'informazioni in ordine all'effettiva prestazione dedotta in contratto.

E' pur vero che il vettore potrebbe decidere (non di non fare uso della pratica dell'*overbooking*, ma semplicemente) di apporre una clausola chiara in tal senso, intervenendo così sulla determinazione dell'oggetto del contratto, ma evitando di incorrere nella descritta responsabilità precontrattuale.

Potrebbe ritenersi, in tal caso, che il passeggero finirebbe per trovarsi in una posizione peggiore, atteso che il vettore continuerebbe a far uso, in modo lecito, della pratica in questione, e che, inoltre, in caso di effettivo verificarsi del diniego d'imbarco, non si potrebbe più parlare di risarcimento del danno, ma di un mero "indennizzo" (cosa che, in dottrina, invero è già stata prospettata nell'attuale situazione), che non preveda più risarcimenti e responsabilità, ma reciproche assunzioni del rischio, ammortizzate dall'esistenza di somme compensatorie.

4.4. qualificazione dell'overbooking nella fase esecutiva del contratto

Ai fini di una siffatta analisi, però, si ritiene di dover premettere delle osservazioni circa la qualificazione dell'*overbooking* in caso di inesatta esecuzione del trasporto e, quindi, in una fase successiva a quella di perfezionamento del contratto.

Dottrina maggioritaria ha ritenuto e ritiene che la fattispecie del mancato imbarco, in genere, ed in particolare del mancato imbarco dettato da *overbooking*, debba essere qualificato come inadempimento contrattuale e, come tale, dare origine ad una responsabilità ex art. 1218 c.c.

Tale impostazione incontra obiezioni da parte di chi, invece, ritiene che la fattispecie vada appiattita su quella del ritardo – in modo da poter (anche) ricondurla ad una

³⁴⁴ SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, Giuffrè, 1998, pag.124

disciplina in sede di diritto internazionale uniforme – e, quindi, vada intesa come inesatto adempimento.³⁴⁵

Vi è poi chi, ancora, ritiene che il mancato imbarco da *overbooking*, essendo causato da una pratica lecita e necessitata da un comportamento dei passeggeri, non comporti alcuna responsabilità, ma, al contrario, dia origine a semplice forme di indennizzo.

Una tale tesi si ancora su due rilievi: innanzitutto, che l'aver disciplinato l'*overbooking* non per vietarlo, ma per prevedere dei meccanismi di compensazione, equivale a non vietarlo e, quindi, ad avallare l'uso della pratica, come lecita e necessitata.³⁴⁶ In secondo luogo, si ritiene che l'*overbooking* sia un necessario ammortizzatore dei comportamenti scorretti dei passeggeri e, al contempo, svolga un'ineliminabile funzione di contenimento dei prezzi a fronte della flessibilità di un servizio peraltro peculiare³⁴⁷.

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, tuttavia, si ritiene di dover concludere, in accordo con la dottrina maggioritaria, per una illiceità della pratica dell'*overbooking*.

Ciò perché il fatto che una norma preveda e regoli il fenomeno non lo rende lecito, proprio in relazione al fatto che la norma punisce il suddetto fenomeno.³⁴⁸

Quanto poi all'uso della pratica come strumento economico efficiente, di contenimento dei prezzi e mantenimento della flessibilità³⁴⁹ per il passeggero, se è

³⁴⁵ Il tema, già affrontato al cap. 2 della presente trattazione, a cui si rimanda, è impostato in tal senso da BUSTI S., *La responsabilità del vettore aereo per i danni da ritardo*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento alla Convenzione di Montreal del 28.05.99*, Napoli, 2006, pag. 127 ss. Contro una parificazione tra ritardo ed *overbooking* invece CORONA V., *La tutela per overbooking nella Convenzione di Varsavia*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, a cura di DEIANA M., ISDIT, 2005

³⁴⁶ MAGGIOLO M., *overbooking, ritardo e cancellazione del volo: contratto, compensazione, responsabilità*, in *Trasporto aereo e tutela del passeggero nella prospettiva europea. Atti del Convegno di Sassari del 15-16.04.05*, pag. 129-130: “Appare allora veramente difficile pensare che il vettore aereo commetta un illecito da inadempimento là dove segua una prassi ben nota al legislatore, comunitario e no, che la disciplina senza vietarla.” Lo stesso A. da poi atto che la dottrina maggioritaria segue comunque una “generale tendenza a ricostruire tutti questi fenomeni in termini di inadempimento del contratto di trasporto, o di suo inesatto adempimento”

³⁴⁷ GIORDO A., *Riflessioni giuseconomiche intorno al Regolamento CE n. 261/2004*, in *Dir. Turismo*, n.1/07, ritiene che l'*overbooking* sia in grado di fornire una situazione “Pareto-ottimale (o quantomeno Pareto-superiore rispetto allo *status quo ante*) sotto il profilo della soddisfazione delle preferenze contrattuali” e che, pertanto, i sistemi risarcitori previsti dal Reg. 261/04 non siano da ritenere, in effetti, dei risarcimenti, ma delle compensazioni, a cui il legislatore affianca però la possibilità di risarcimenti, per danni ulteriori (ed ammesso che il passeggero sia in grado di provarli e sia in grado di superare lo sbarramento creato dai confini della prevedibilità del danno.

³⁴⁸ DEIANA M., *Riflessioni sulla sovra prenotazione nel trasporto aereo, cit.*, pag. 30: “Sul punto ritengo invece opportuno sgombrare il campo dal frequente equivoco di fondo secondo il quale la sovrapprenotazione sarebbe pratica liceizzata da un provvedimento normativo, mentre si tratta di comportamento contemplato, disciplinato e punito come illecito dalla legge”

³⁴⁹ Flessibilità su cui, in vero, è necessario sollevare una serie di dubbi. Innanzitutto la flessibilità varia a seconda del piano tariffario e, quindi, a ben vedere è già ammortizzata con un aumento dei costi per l'utente. In secondo luogo, nei caso di *overselling* non esiste, in verità, alcuna flessibilità, e quindi, per

vero, e da più parti riconosciuto in dottrina³⁵⁰, che vi può essere un'utilità economica che bilancia gli interessi sia dei vettori sia dei passeggeri, al contempo è anche vero che tale pratica deve allora uscire dall'ambiguità, ed essere inserita nel contratto, in modo che l'utente abbia chiarezza del contenuto della prestazione del vettore.

Allora, in una tale prospettiva di trasparenza contrattuale, i rimedi previsti in sede comunitaria potrebbero compiutamente svolgere il ruolo di meri indennizzi, quale contraltare del rischio assunto dall'utente, inerente l'aleatorietà dell'esecuzione della prestazione (o, forse meglio, delle modalità di esecuzione).

In tale ottica, invero, si annullerebbe anche il riferimento al danno ulteriore, operato dall'art. 14 Reg. 261/04, atteso che l'*overbooking* non costituirebbe più, in effetti, un inadempimento, ma il mero realizzarsi di una situazione accettata dalle parti.

L'emersione della pratica, attraverso la corretta assunzione, da parte dei vettori, degli obblighi informativi³⁵¹, potrebbe quindi portare ad una *deminutio* di tutela in capo all'utente, che rimarrebbe comunque esposto alla pratica, esplicitamente accettata, e privo anche del possibile risarcimento del danno ulteriore³⁵², poiché avrebbe come unico bilanciamento l'eventuale indennizzo o la possibilità di risolvere il contratto.

Un tale scenario prospetta che l'*overbooking* venga automaticamente inserito, come clausola, in tutti i contratti di trasporto aereo, e trascura invece la possibilità che sull'uso di tale pratica, così come su tutte le clausole del contratto, possa attivarsi una forma di concorrenza tra gli offerenti sul mercato.

usare le parole del già citato DEIANA M., "la penalizzazione del *no show*, pur non generalizzata, esiste ed opera diffusamente tramite le cosiddette regole tariffarie"

³⁵⁰ Per tutti GIRARDI P., *Recenti sviluppi della regolamentazione dell'overbooking ed applicazione degli schemi di indennizzo per mancato imbarco*, in *Dir. Trasp.*, 1992e SILINGARDI G., *Attività di trasporto aereo e controlli pubblici*, Padova, 1984 pag. 218 ss

³⁵¹ Contrariamente, in dottrina si è ritenuto che non possano esistere obblighi informativi in tema di *overbooking*, perché sarebbe irrealizzabile nella pratica e perché neppure il vettore conosce, al momento in cui l'utente manifesta l'intenzione di acquistare il biglietto, quale sia lo stato delle prenotazioni e se poi, effettivamente, si sfocerà in una sovra prenotazione (cfr CORONA V., *La tutela per overbooking...*, cit., pag. 201-203).

Al contrario si ritiene che l'informazione operi innanzitutto sul piano dell'indicazione specifica, all'atto d'acquisto del biglietto, dell'uso dell'*overbooking* su quel dato volo – cosa che indubbiamente il vettore conosce, trattandosi di una sua scelta gestionale –. Già così l'utente starebbe acquistando una probabilità di volo entro un certo orario, invece che un determinato volo, come ora, al contrario, gli viene prospettato al momento della conclusione del contratto.

³⁵² Anche se il ricorso alla richiesta di danno ulteriore è in verità molto difficile non solo per la complessità della prova del danno, ma anche e soprattutto, per i problemi connessi al superamento della barriera della sua prevedibilità (si veda il già citato GIORDO A.)

Inoltre, la concorrenza su detta pratica potrebbe ricevere sollecitazioni dall'intervento dell'Antitrust in ordine all'uniformità dell'offerta contrattuale predisposta dal vettore.³⁵³

Ed invero, se ad oggi la concorrenza si è limitata al solo campo delle tariffe, non si vede perché non possa estendersi – con effetti forse più vantaggiosi per l'utente – anche alle clausole contrattuali.³⁵⁴

Si può quindi concludere, alla luce di tali considerazioni, e sino ad una emersione a livello contrattuale della pratica, che l'*overbooking* integra un inadempimento (o quantomeno un inesatto adempimento), suscettibile di risarcimento ex art. 1218 c.c..

La responsabilità precontrattuale, in caso di inadempimento, resterà assorbita nella colpa contrattuale³⁵⁵, ma dovrebbe invece avere rilievo per il passeggero comunque regolarmente imbarco, che abbia però visto applicare l'*overbooking* sul proprio volo, ai sensi dell'art. 1440 c.c.³⁵⁶.

³⁵³ ZENCOVICH Z., *Le nuove condizioni generali di contratto nel trasporto aereo*, op. cit., pag.35: “ e se le imprese di quei settori – pur potenti e aggressivamente organizzate – hanno dovuto venire a più miti consigli, non si comprende proprio perché quelle del trasporto aereo dovrebbero sottrarsi ad un analogo scrutinio antitrust”

³⁵⁴ ZENCOVICH Z., *Le nuove condizioni generali di contratto nel trasporto aereo*, op. cit., pag.35

³⁵⁵ Come peraltro osservato da CORONA V., cit., pag. 203, che nega validità alla ricostruzione in sede precontrattuale della fattispecie, proprio sulla scorta dell'assunto che il vizio della volontà così configurato non ha alcuna rilevanza, poiché in caso di inadempimento resta assorbito dalla colpa contrattuale e in caso di corretta esecuzione resta ignoto.

³⁵⁶ O quantomeno, qualora si volesse aderire alla su descritta tesi intermedia, ai sensi dell'art. 1337 c.c.

V

**Tutela del passeggero nella fase esecutiva del contratto nei casi di diniego
d'imbarco, ritardo e cancellazione del volo.**

5.1. RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE O EXTRACONTRATTUALE: CUMULO, CONCORSO, O ESTRANEITÀ TRA I DUE TITOLI -5.1.A RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E RIDUZIONE DEL PREZZO. LA COSTRUZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA TUTELA DA RITARDO AL DI FUORI DELL'ART. 1218 C.C. E AI SENSI DELL'ART. 1668 C.C. O 1461 C.C. O 1460 C. - 5.2 DANNO NON PATRIMONIALE E RISARCIBILITÀ - 5.3. PREVEDIBILITÀ DEL DANNO E DOLO - 5.4. LIMITAZIONI QUANTITATIVE DI RESPONSABILITÀ E ART. 25 CONV. MONTREAL: DOLO E *WILFULL MISCONDUCT*

Premesso quanto al capitolo 2³⁵⁷ e al capitolo 4³⁵⁸ del presente elaborato, le tre fattispecie in esame integrano forme di inesecuzione o inesatta esecuzione del contratto di trasporto, suscettibili di cagionare danni e di comportare in capo al vettore responsabile il dovere di risarcirli.

Sotto tale profilo – ossia la tutela del passeggero in fase di esecuzione del contratto di trasporto aereo – vi sono alcune problematiche preponderanti, sia nell'analisi dottrinarica, sia nella quotidianità dell'applicazione giurisprudenziale.

Primo, tra tutti i nodi non ancora sciolti, è la questione del titolo di responsabilità – contrattuale o extracontrattuale³⁵⁹ – cui ricondurre il risarcimento dell'insieme dei danni cagionati dal vettore. Problema questo non scindibile dall'altro, inerente il tipo di danni risarcibili, e, in specie, la risarcibilità del danno non patrimoniale. Direttamente legato a questo problema vi è quello della risarcibilità del solo danno prevedibile, ex art. 1225 c.c., e del superamento di tale limite in caso di dolo (con il conseguente problema di delimitazione dei confini del dolo). Infine, vi è la questione della limitazione convenzionale della responsabilità (in base alle disposizione del

³⁵⁷ Circa la qualificabilità delle due fattispecie di diniego d'imbarco e cancellazione del volo come *species* di ritardo o, al contrario, come inadempimenti totali

³⁵⁸ Circa la natura di vizio della volontà dell'*overbooking*, nell'attuale situazione di omissione delle informazioni all'acquisto in ordine all'uso della pratica

³⁵⁹ Per una distinzione tra le due responsabilità si veda VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Encicl. Giur.*, Treccani, nonché CASTRONOVO C., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Atti del Incontro di Studio sul tema: illecito aquiliano ed ingiustizia del danno*, Roma 29-30 maggio 2008, Consiglio Superiore della Magistratura, Ufficio per gli Incontri di Studio ed anche ALPA G. – BESSONE M., *La responsabilità civile*, Giuffrè, pag. 305 ss. con ampia citazione di DALMOTTO, *Prospettazioni alternative in tema di infortuni sul lavoro e scelta del giudice competente (concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale)*, in *Giur.it.*, 1995,I, 1, 867

sistema di Montreal – Varsavia, peraltro richiamato dall'art. 941 cod. nav.) e del superamento del limite in caso di dolo o *wilfull misconduct*, e dei problemi di demarcazione del confine tra dolo (rilevante ex art. 1225 c.c.) e *wilfull misconduct*.

5.1. responsabilità contrattuale o extracontrattuale: cumulo, concorso, o estraneità tra i due titoli

Il contratto di trasporto di persone è indicato da dottrina e giurisprudenza come una delle aree di confine³⁶⁰ tra le due responsabilità, nonché il terreno su cui, tra i primi, la giurisprudenza è giunta ad acconsentire alla possibilità di un cumulo/concorso.³⁶¹

L'uso che la giurisprudenza fa, più o meno indifferentemente, delle due espressioni “cumulo” e “concorso” ha richiesto una specificazione, per cui si deve intendere per “cumulo” la possibilità di applicare, indipendentemente e per uno stesso fatto lesivo, entrambe le forme di responsabilità, e per “concorso” la possibilità di scegliere, in via alternativa, se perseguire nell'uno o nell'altro modo il risarcimento del danno cagionato da un determinato fatto lesivo.

In particolare, poi, si parla di concorso proprio laddove i soggetti attivo e passivo delle due azioni sono i medesimi, nonché medesimo è il fatto lesivo³⁶², o, meglio,

³⁶⁰“vi sono situazioni di confine fra i due tipi di responsabilità nelle quali lo stesso fatto dannoso può essere qualificato nel contempo illecito extracontrattuale e inadempimento di un'obbligazione contrattuale, ed è con riguardo a queste ipotesi che la giurisprudenza e la dottrina parlano impropriamente di concorso o cumulo delle azioni di responsabilità contrattuale. Dico impropriamente perché in realtà in questi casi la giurisprudenza può accordare la legittimazione ad agire in via alternativa (...) ma non potrà ovviamente cumularle. Anche se potrà, non avendo conseguito un determinato vantaggio con l'esercizio di una delle due azioni, perseguirlo con l'altra (ed è a riguardo di questa ipotesi che si rinviene l'uso del termine cumulo)” VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Encicl. Giur.*, Treccani, pag.1 ed ancora “Inoltre vi sono situazioni in cui dubbia la delimitazione delle rispettive aree: è il caso, ad es., delle cd. obbligazioni di sicurezza” VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale, cit.*, pag.1 e ancora “E' vero peraltro che il criterio discretivo è talvolta poco chiaro, e, dà, in alcune zone di confine, esiti incerti; e che si è diffusa la tendenza a considerarne con favore l'attenuazione, se non la soppressione” SALVI C., *Responsabilità extracontrattuale*, in *Encicl. Giur.*, Giuffrè, 1988, pag.1187 ss.

³⁶¹ “Una giurisprudenza che può dirsi consolidata afferma in linea di principio l'ammissibilità del concorso (delle due responsabilità) quando il medesimo fatto può riguardarsi come inadempimento ad un obbligo contrattuale e come violazione di diritti spettanti alla persona indipendentemente dal contratto. (...)Va rilevato che la giurisprudenza testè richiamata parla preferibilmente di concorso di azioni riconoscendo al danneggiato la facoltà di scegliere in via alternativa la normativa che gli è più favorevole (...) in conclusione, anche se non mancano prese di posizione contrarie, specialmente in dottrina, al concorso di azioni e alcune pronunce che escludono l'operatività dello stesso quando il diritto violato trova una specifica e compiuta disciplina nel contratto, si deve prendere atto del ripetuto presentarsi del problema davanti ai giudici e della tendenza di questi ultimi a facilitare la posizione del danneggiato consentendogli di esperire l'azione di risarcimento a lui più favorevole” VISINTINI G., *Responsabilità, cit.*, pag.5-6

l'inadempimento lede sia l'affidamento del creditore, sia un suo diritto assoluto, che non è estraneo al contratto³⁶³; si parla invece di concorso improprio quando l'inadempimento sia idoneo a ledere soggetti diversi, alcuni terzi rispetto al contratto, o quando la condotta lesiva sia riconducibile non solo alla controparte contrattuale, ma anche ad un terzo.

Se in quest'ultimo caso la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere corretto che la perseguibilità dei differenti danneggianti o la pretesa risarcitoria dei diversi danni venga attuata a titoli, rispettivamente, diversi, al contrario, sulla possibilità di un "concorso proprio" la dottrina si divide, a fronte, invece, di una risposta positiva sia della giurisprudenza di merito³⁶⁴, sia della Suprema Corte³⁶⁵.

³⁶² "si deve ritenere che, ogni qualvolta un medesimo fatto addebitabile al vettore può essere qualificato sia come inadempimento di obblighi contrattuali, che come lesione di diritti soggettivi rilevante ai sensi dell'art. 2043 c.c., esso dà luogo tanto a responsabilità contrattuale per inadempimento degli obblighi di trasferimento, custodia e protezione, quanto a responsabilità extracontrattuale per violazione dell'obbligo di *neminem laedere*, ed al relativo concorso di azioni (pretese parallele)" ANTONINI A., *il concorso di responsabilità in materia di trasporto*, in *Resp. civ. e prev.*, n.01/08, pag.5

³⁶³ "E' chiaro che il problema del concorso non ha ragione di porsi al di fuori di questi termini: se i soggetti, le azioni e gli eventi lesivi fossero diversi, ogni danno andrebbe risarcito autonomamente e secondo le regole ad esso applicabili. (...) Restano quindi estranee alla problematica in discorso le ipotesi affini di interferenza tra le due forme di responsabilità, cioè i casi in cui il debitore cagioni col suo inadempimento (o inesatto adempimento) contemporaneamente un danno contrattuale al suo creditore e un danno extracontrattuale a terzi estranei al rapporto obbligatorio, come pure i casi in cui, pur nell'ambito di un rapporto obbligatorio, il debitore, oltre alla violazione che integra l'inadempimento, o indipendentemente da essa, violi un diritto del creditore estraneo al contenuto dell'obbligazione." BUSTI S., *Contratto di trasporto aereo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU – MESSINEO- MENGONI, Giuffrè, 2001, pag.540-541

³⁶⁴ Copiosa giurisprudenza di merito, in particolar modo onoraria, riconosce un danno non patrimoniale da ritardo aereo, cagionato da stress, da ansia, da irritazione. Solitamente, però, le pronunce non si soffermano a chiarire se abbiano accolto il risarcimento sulla base di un inadempimento contrattuale o sulla scorta del principio del *neminem laedere*. Non così in Giudice di Pace di Martina Franca, 20 agosto 2004 T. c/ Soc. Volare Airline, in *Giudice di Pace*, 2005, 4, 320: "Nel caso in cui il passeggero non sia stato correttamente informato dalla compagnia aerea degli scioperi e delle conseguenti cancellazioni dei voli, egli ha diritto ad essere risarcito dalla compagnia aerea responsabile a titolo di responsabilità extracontrattuale di tale circostanza"

Si da il problema di cosa si debba intendere per cumulo o concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nel particolare caso del contratto di trasporto, ma più in generale in tutti i casi in cui si vengono a creare delle aree di interferenza tra gli interessi ed i beni tutelati dall'ordinamento nell'una o nell'altra via. E difatti, una tale indagine ha senso solo laddove si creano aree sovrapponibili, atteso che “se la responsabilità contrattuale ed aquiliana fossero rimaste dedicate a interessi diversi e perciò a profili diversi della tutela civile, il problema del concorso non si sarebbe neanche posto”³⁶⁶.

Il primo problema è quello di distinguere il caso in cui l'inadempimento di un contratto è esso stesso fatto lesivo non solo dell'interesse creditorio, ma anche di un diritto soggettivo che coesiste con l'interesse creditorio, o coincide con esso, dal caso in cui l'inadempimento si fa anche occasione per la lesione di un diritto soggettivo, che è cosa altra rispetto all'interesse dedotto nel contratto.

Nel primo caso parleremo effettivamente di cumulo proprio mentre nel secondo si verserà in una situazione di cumulo improprio, perché le due aree interferiscono ma non si scontrano, non si sovrappongono.³⁶⁷

³⁶⁵ Tra le tante pronunce a favore del concorso tra titoli di responsabilità, si veda: Cass. Civ. n. 418 del 19.01.96: “è ammissibile il concorso tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale di fronte ad un medesimo fatto che violi contemporaneamente non soltanto i diritti derivanti dal contratto, ma anche i diritti spettanti alla persona offesa indipendentemente dal contratto stesso (nel caso di specie la S.C. ha confermato la sentenza impugnata la quale aveva affermato il concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nei confronti del destinatario della merce trasportata, rispettivamente, del vettore e del custode, al quale il primo aveva consegnato la merce che poi era andata smarrita)” ma anche SS.UU. n. 6572 del 24.03.2006. Sul punto la dottrina ha osservato: “Ad oggi lo strumento preferito dal diritto vivente per ammettere il ristoro del danno non patrimoniale da inadempimento risulta essere il concorso tra il sistema di responsabilità contrattuale e quello aquilano. Più in particolare, il principio della doppia responsabilità prescrive la regola di creazione giurisprudenziale che permette al danneggiato di valutare tra i due regimi di responsabilità quello a lui più favorevole. Proprio nel caso di danno non patrimoniale da inadempimento, non essendo espressamente prevista tale posta risarcitoria nel sistema contrattuale, si cerca di applicare l'art. 2059 c.c. attraverso il titolo di imputazione aquilano (...) Per questi motivi la giurisprudenza più recente ha progressivamente seguito il percorso che definisce una <<tutela extracontrattuale del contratto>>, dando sempre maggior risalto a questa impostazione anche per mezzo della tipizzazione casistica impiegata dai Tribunali” COLANGELO G., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Obbl. e contratti*, n.04/2006, pag. 352

³⁶⁶ CASTRONOVO C., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv.*, 2004, pag. 127

³⁶⁷ “al civilista, cui interessa stabilire se a fronte di una medesima fattispecie concreta l'astratta configurabilità di più discipline, atte alla sua regolamentazione, si ponga in termini di effettiva concorrenza, anche se alternativa, ovvero di reciproca esclusione, il processualista potrà, se ne sussistono i presupposti, offrire schemi di operatività, per le differenti tipologie di concorrenza tra discipline diverse, ma non certo stabilire se in relazione alle singole ipotesi, in ragione dell'interesse leso che reclama protezione, la tutela *ex contractu* escluda quella *ex delicto* (tutt'al più ammettendo una sua concorrenza in via alternativa per sopperire alle preclusioni ad essa poste in via processuale), ovvero se entrambe concorrono in ragione della diversità degli interessi coinvolti dalla commissione di un atto, unitario sotto il profilo fattuale ma con duplice valenza sotto quello normativo” DE MATTEIS R., *Il*

Esempio del primo caso è quello della salute di un passeggero in un contratto di trasporto aereo di persona; fattispecie su cui la disciplina del concorso si è misurata e formata (insieme al trasporto di cose, ma in misura molto diversa, poiché sul trasporto di cose dottrina e giurisprudenza hanno preso posizioni molto negative in merito alla configurabilità del concorso³⁶⁸).

Esempio dell'altro caso, può essere quello della responsabilità del produttore, nei casi di cosa compravenduta, che si riveli difettosa e cagioni danni fisici.³⁶⁹

Venendo al primo caso, nel trasporto di persone l'art. 1681 c.c. pone esplicitamente a carico del vettore una responsabilità per l'incolumità del passeggero, di modo che risulta dedotto nel contratto non solo che il passeggero venga trasporto dal punto A al punto B, ma anche che tale il passeggero arrivi incolume alla destinazione.

La dottrina è andata ad evidenziare e meglio precisare quali fossero l'interesse dedotto nel contratto e il diritto soggettivo del passeggero leso dal vettore in caso di sinistro durante il trasporto.

Parte della dottrina ha ritenuto di poter sdoppiare il bene tutelato dall'art. 1681 c.c.,³⁷⁰ ritenendo che nel codice civile sia tratteggiato interesse negativo a non soffrire la lesione, mentre il fatto dell'inadempimento andasse a ledere, in modo coincidente, il diritto soggettivo – costituzionalmente tutelato – alla salute del passeggero, e che,

cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una regola di formazione giurisprudenziale, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI G., Giuffrè, p. 400 nota 2

³⁶⁸ “Il contratto di trasporto, per i profili che concernono la responsabilità del vettore, ha da sempre, fin dal primo apparire della regola del cumulo di responsabilità delittuale e contrattuale, costituito il banco di prova, ove si sono confrontati gli orientamenti di segno opposto; ad una dottrina in origine decisamente contraria alla sua ammissibilità si è contrapposta una giurisprudenza che, dopo le prime incertezze espresse in sede di giudizio di merito (per tutte v. App. Milano, 20 dicembre 1944, in *Temi*, 1946, 23), si è attestata su una posizione che è stata di deciso favore per il suo riconoscimento in ipotesi di trasporto di persone, e di estrema cautela in ipotesi di trasporto di cose (per l'analisi degli orientamenti si rinvia a LOPEZ DE GONZALO, *La responsabilità extracontrattuale del vettore*, in ALPA – BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile*, in *Giur. Sist. Civ. dir. comm.*, fondata da Bigiavi, 1997, pag. 678 ss.)” DE MATTEIS R., *Il cumulo di responsabilità...*, *cit.*, pag. 406

³⁶⁹ da analizzare in fase antecedente all'introduzione del dpr 1988, che ha ampliato le variabili di esame.

³⁷⁰ “diversi sono i diritti in relazione ai quali sono accordate la responsabilità contrattuale e quella aquiliana, essendo ciascuna regolata da proprie norme giuridiche e da autonome discipline, le quali richiedono indagini su elementi di fatto differenti, sia per quanto attiene all'accertamento della responsabilità, sia per quanto riguarda la determinazione dei danni” Cass. Civ. 19 marzo 1979 n. 1593; “il riscontro giurisprudenziale offre conferma al fatto che alla soluzione del cumulo si è pervenuti in ragione all'esigenza di conferire tutela per interessi non omogenei, ma differenziabili sotto il profilo della natura (...) Per cui nell'ambito della disciplina codicistica che regola la responsabilità del vettore nel trasporto di persone, la presenza dell'art. 1681 c.c. ha fatto sì che la regola del cumulo operasse in ragione di una differenziazione tra interesse che sorregge l'azione *ex contractu* (sulla base dell'art. 1681 c.c.), e l'interesse che è alla base dell'azione aquiliana (diritto alla salute, la cui lesione giustifica, in quanto danno ingiusto, il ricorso all'art. 2043 c.c.) (...) nel caso di trasporto di persone è configurabile, sulla base del disposto dell'art. 1681 c.c.” DE MATTEIS R., *Il cumulo di responsabilità...*, *cit.*, pag. 406

quindi, si potesse agire, in via contrattuale, per la lesione dell'interesse all'incolumità, dedotto nel contratto e tutelato in base al codice civile, ed in via aquiliana, per la tutela del diritto positivo alla salute, con il corollario del risarcimento del danno biologico. C'è da notare sin da ora, che altra dottrina³⁷¹ si è scontrata con tale impostazione, ritenendo al contrario che nel contratto fosse proprio dedotto l'interesse positivo alla salute e che "incolumità" e "diritto alla salute" fossero due modi di esprimere il medesimo interesse dedotto nel contratto.

Ciò al fine di ricondurre nell'alveo della responsabilità contrattuale tutto il risarcimento per il sinistro, attraverso la teoria degli obblighi di protezione (che più avanti si vedrà). Altra situazione è quella evidenziata dall'esempio di un acquirente di lattina di bibita gassata che, aprendo la lattina, per un difetto di fabbrica, si ferisce perché, all'apertura della stessa, si verifica un'esplosione.³⁷²

Questo danno è da risarcire in via aquiliana e non è da ricondurre ad un interesse dedotto nel contratto, come, al contrario, l'interesse alla non difettosità del bene compravenduto, e quindi il danno cagionato dal minor valore del bene difettoso, nonché la perdita di utilità economica nel non poter rivendere o godere a pieno del bene stesso, che ricevono tutela ai sensi dell'art. 1490c.c.. Difatti, il danno fisico discende non dall'interesse creditorio, ma dal diritto alla salute, che è stato leso in occasione del contratto, o meglio, in occasione dell'inadempimento, ma non è dedotto nel contratto, e quindi non è tutelabile attraverso il contratto, ma solo con una autonoma azione aquiliana.³⁷³

In questo caso la dottrina e la giurisprudenza ritengono che il soggetto possa agire in via contrattuale, per ottenere il risarcimento del danno dovuto alla perdita di utilità

³⁷¹ CASTRONOVO C., *la nuova responsabilità civile*, afferma che l'art. 1681 c.c. garantisce un interesse di protezione, ulteriore rispetto alla semplice prestazione di trasporto, che, senza alcun bisogno di azionare la regola del cumulo, è idoneo a tutelare il diritto alla salute in ambito contrattuale.

³⁷² episodio oggetto di analisi da parte Trib. Savona, 31 dicembre 1971, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, p. 710, prima dell'adozione del DPR 224/1988 sulla responsabilità del produttore, che ha fornito una ulteriore via di tutela, fuori dal ricorso al 2043 c.c.. Ugualmente, ai fini della presente analisi, si potrebbe considerare il caso di locazione di un'immobile con difetti tali da cagionare danni alla salute dell'occupante.

³⁷³ "E'così possibile individuare da un lato fattispecie in cui l'inadempimento ad obblighi contrattuali, siano essi di fonte convenzionale o legale, assuma duplice valenza sul piano normativo in quanto inesatta attuazione dell'interesse creditorio, ed in quanto lesione di un diritto assoluto facente capo alla persona del creditore (responsabilità del medico, del vettore, del datore di lavoro), dall'altro lato fattispecie in cui l'inadempimento costituisce occasione (in ipotesi di vizi di bene locato e di vendita di cosa viziata) ovvero strumento (contratto di sponsorizzazione) per la lesione di un diritto assoluto" DE MATTEIS R., *Il cumulo di responsabilità...*, cit., pag. 412

economica connaturata alla cosa, e che possa poi agire in via aquiliana per il risarcimento del danno al diritto soggettivo alla salute.

Nel caso invece di concorso proprio, la giurisprudenza – e la dottrina favorevole³⁷⁴ all'interferenza tra le due responsabilità - ha preso posizione a favore del concorso, e quindi la scelta tra le due responsabilità, in modo alternativo; altra parte della dottrina ha invece optato per un cumulo non alternativo, ma concorrente. Parte della dottrina si è invece opposta all'idea di una cumulabilità dei titoli di responsabilità; in particolare buona parte della dottrina navigazionista ha ritenuto di non dover e poter proteggere il contratto di trasporto attraverso il ricorso alla tutela aquiliana.³⁷⁵

Ciò per una serie di motivi. Innanzitutto, è stato sostenuto che, se un bene è tutelabile in via contrattuale, essendo la regola contrattuale caratterizzata da specialità rispetto al generico principio del *neminem laedere*, non c'è alcuna ragione di ricorrere ad un

³⁷⁴ “se nella specie ricorrono ad un tempo i presupposti della responsabilità per inadempimento e quella aquiliana, non si comprende perché la vittima non possa scegliere tra la sua pretesa come creditore a realizzare l'interesse dedotto in obbligazione, e l'azione di risarcimento che, anche a prescindere dal vincolo obbligatorio, la legge gli attribuisce per il danno ingiusto sopportato. Ci si trova di fronte alla coincidenza e convergenza allo stesso oggetto, di due rimedi, ciascuno spettante alla stregua dei suoi autonomi requisiti: nessuna ragione sussiste per cui l'un rimedio dovrebbe escludere l'altro.” SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ...cit.*

Ma al contrario: “Se è stato violato un particolare diritto per la cui protezione è posta la specifica disciplina, è del tutto inimmaginabile che la stessa possa venire derogata da una normativa universalmente posta per tutti gli illeciti civili (art. 2043 c.c.), perché ciò sarebbe incompatibile col principio per cui la regola speciale prevale su quella generale (...) la norma dell'art. 2043 c.c. ha, quindi, ragione di operare solo quando manchi una disciplina appositamente dettata per la tutela di quel certo diritto, qual che ne sia la natura (diritti assoluti e relativi, reali od obbligatori, ecc) [si noti infatti che, ormai, la giurisprudenza riconosce una tutela aquiliana dei diritti relativi. Si pensi alla tutela della lesione del credito in conseguenza della perdita definitiva della prestazione o dell'insostituibilità dell'obbligato etc.]. La funzione della predetta disposizione è residuale, al pari di qualsiasi regola generale per un oggetto ricedente anche nell'ambito d'applicazione d'una norma speciale” BUSTI S., *Contratto di trasporto aereo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU – MESSINEO- MENGONI, Giuffrè, 2001, pag. 556

³⁷⁵ Si veda la copiosa bibliografia in VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale... cit.*, pag. 6, laddove l'A. afferma: “...anche se non mancano prese di posizione contrarie, specialmente in dottrina, al concorso di azioni (rinvio il lettore alla bibliografia riportata *infra*, 9) e alcune pronunce che escludono l'operatività dello stesso quando il diritto violato trova una specifica e compiuta disciplina nel contratto (cfr., ad es., in materia di mediazione: Cass, 7 agosto 1962, n. 2441, in *Foro it.*, 1962, I, 1644; Cass., 17 marzo 1964, n. 614, in *Giust. Civ.*, 1964, I, 1615) ...”. Si veda anche la bibliografia in ROSAFIO E.G., *Riflessioni in margine all'art. 29 della Convenzione di Montreal del 1999*, in *Dir. Turismo*, n.2/2006, pag. 126 nota 12, nonché, IBIDEM, pag. 12: “per inciso, si deve, inoltre, riflettere sulla circostanza che, mentre nella dottrina, sia civilistica sia navigazionistica, permangono notevoli contrasti circa l'ammissibilità del concorso di responsabilità aquiliana e contrattuale, per via della portata assorbente della seconda, la giurisprudenza è invece nettamente orientata ad ammetterlo, specie con riferimento al trasporto di persone”. Si veda inoltre, IBIDEM, la rassegna di sentenza di Suprema Corte a favore del concorso, alle note n. 14 e 15. Si legga, per una posizione contraria al concorso, il recente contributo di DI GLANDOMENICO G., *Il danno non patrimoniale per negato o ritardato imbarco*, in *Dir. trasp.*, n.1/05

principio generale in deroga a quello speciale, laddove il nostro ordinamento è informato al criterio di specialità.³⁷⁶

Secondo profilo per cui si nega il ricorso al cumulo, è il fatto che, avendo le parti dedotto un determinato interesse nel contratto, col fare ciò hanno scelto la tutela contrattuale ed hanno quindi deciso di rinunciare alla tutela risarcitoria fornita dalla via extracontrattuale.³⁷⁷

Altra parte della dottrina ha ritenuto il diritto soggettivo (coincidente con l'interesse dedotto nel contratto) come tutelabile anche in via aquiliana e, anzi, ha fatto della responsabilità extracontrattuale una sorta di custode del contratto, prevedendo così la possibilità di agire in via aquiliana per il ristoro di quei danni che, altrimenti, avrebbero rischiato di rimanere privi di tutela.³⁷⁸

³⁷⁶ “l’acquisizione a livello giurisprudenziale della regola del cumulo di responsabilità non mancò di sollecitare un forte dibattito teorico, alimentato da voci che, per esprimere il dissenso, facevano principalmente leva sull’inammissibilità di una tutela concorrente su un duplice binario come reazione ad un medesimo fatto: da un lato si rivendicava il carattere di specialità del regime contrattuale che attrae nel suo ambito applicativo quelle fattispecie altrimenti riconducibili al precetto generale del *neminem laedere*, dall’altro si faceva appello al ruolo che deve essere riconosciuto alla volontà dei contraenti che, nel privilegiare la via contrattuale per la regolamentazione dei propri interessi, hanno scelto di sottrarli a quella tutela generale che l’ordinamento predispone per la lesione delle situazioni giuridiche (a prescindere dal loro porsi o meno nell’ambito di una relazione contrattuale)” MATTEIS R., *Il cumulo di responsabilità...*, cit., pag. 402. In particolare, la dottrina navigazionistica si è schierata contro la regola del cumulo, ravvisando in essa un’intollerabile forma di elusione delle norme contrattuali: breve, l’orientamento secondo cui è ammesso il concorso manifesta, soprattutto in tema di trasporto aereo, i segni più evidenti del suo limite. Infatti la responsabilità *ex contractu* del vettore aereo è, nel dettato codicistico, limitata: eccezione fatta per i casi di dolo o colpa grave il vettore aereo è tenuto al risarcimento dei danni entro certi limiti (...) Ammettere quindi l’esperibilità dell’azione aquiliana ex art. 2043 c.c. (sia pure alternativa a quella contrattuale) significherebbe <<ammettere *per absurdum* la deroga di una norma inderogabile ed assecondare la rottura di alcuni equilibri creati con un meccanismo legislativo rispondente ad una *ratio* ben precisa>> [De Marco]” BUSTI S., *Contratto di trasporto aereo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU – MESSINEO- MENGONI, Giuffrè, 2001, pag. 559. Su analoghe posizioni parte della giurisprudenza, in epoca risalente, ebbe a sostenere: “il concorso tra azioni di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale non è ammissibile quando il diritto violato trova una specifica e compiuta disciplina nel contratto” Cass. Civ. N. 2441 del 07 agosto 1962 in *Foro it.*, 1962, I, 1644

³⁷⁷ Su questo aspetto, altra dottrina criticò l’impostazione, sostenendo che: “i contraenti (...) non prevedono certo, né disciplinano l’azione dannosa di uno di essi e le relative conseguenze, come avviene, ad esempio, nelle cosiddette convenzioni di responsabilità...” SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, pag. 677 ss.

Si veda anche: “In senso contrario [n.d.r. ma l’A. è sfavorevole a tale tesi] si osserva che è inammissibile una rinuncia preventiva alla tutela accordata dalla legge ai c.d. diritti primari (es.: diritto alla propria incolumità personale). La tesi secondo cui, nel caso di inadempimento (o inesatto adempimento) contrattuale, le parti, attribuendo una determinata tutela ad un interesse, rinuncerebbero ad ogni altra specie e forma di tutela, sarebbe inesatta, in quanto si dovrebbe considerare rinuncia alla tutela generica, offerta dalla legge, il fatto di aver concluso un contratto” BUSTI S., *Contratto di trasporto aereo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU – MESSINEO- MENGONI, Giuffrè, 2001, pag.540-542

³⁷⁸ “La regola del cumulo, che pure presta il fianco a più di una obiezione sotto il profilo della coerenza logico-giuridica, viene dettata al precipuo scopo di evitare che la lesione di un medesimo interesse venga

C'è da chiarire che il danno risarcibile in entrambe le vie configura sì un cumulo proprio, ma, secondo giurisprudenza³⁷⁹ e dottrina maggioritaria³⁸⁰ lo configura in via alternativa e non cumulativa. Ovverosia, nel momento in cui siamo dinanzi ad un diritto, nell'esempio in questione, quello alla salute, risarcibile secondo entrambe le vie, si dovrà scegliere una via, in modo alternativo, oppure subordinando l'una all'altra, qualora l'altra venga impedita da preclusioni e decadenze, ma non si potrà perseguire un doppio risarcimento su entrambi i titoli, bensì un solo risarcimento su un doppio binario da scegliere in via alternativa.

Questa impostazione, che appare lineare in casi di lesione del diritto alla salute/incolumità personale, appare incontrare alcuni ostacoli nel momento in cui si sposta l'analisi ad altro diritto, quale quello a godere liberamente del proprio tempo, ovverosia nel momento in cui si sposta l'analisi dall'inadempimento da sinistro a quello legato alle tre fattispecie di ritardo, diniego d'imbarco e cancellazione del volo, laddove si consideri che le ultime due fattispecie hanno quale conseguenza, in sede di esecuzione – ferme tutte le precisazioni sinora analizzate – quella di portare il passeggero in ritardo alla destinazione richiesta e, pertanto, laddove si tenga presente che, in tutte e tre le fattispecie, quello che alla fine viene cagionato è sempre un danno da ritardo.

Orbene, il danno che il ritardo nel trasporto aereo può provocare è di due tipi: patrimoniale, nel momento in cui connesso al puntuale o non puntuale arrivo a destinazione vi è stata l'impossibilità ad onorare un impegno professionale o a non aver potuto concludere un determinato affare, ovverosia nella perdita di valore economico della prestazione; non patrimoniale, per quel che concerne la noia, lo

pregiudicato da un diverso regime di prescrizione previsto per l'azione contrattuale o per quella extracontrattuale" GAZZARA M., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, ESI, 2003, pag. 37

³⁷⁹ "in tema di trasporto di persone – a titolo oneroso o gratuito – l'azione di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale e quella da responsabilità extracontrattuale che sono riconosciute e rimesse alla scelta del danneggiato, rispettivamente, la prima per l'inadempimento delle obbligazioni da contratto di trasporto, e la seconda per la violazione del precetto del *neminem laedere*, sono del tutto distinte, essendo diversi i diritti in relazione ai quali sono accordate ed essendo ciascuna regolata da proprie norme giuridiche e da autonome discipline, le quali richiedono indagini su elementi di fatto differenti, sia per quanto attiene all'accertamento della responsabilità, sia per quanto riguarda la determinazione dei danni. Pertanto, proposta dal danneggiato domanda di risarcimento del danno *ex contractu*, non può valere la responsabilità extracontrattuale per la prima volta nel giudizio di cassazione" Cass. Civ. n. 1593 del 19 marzo 1979

³⁸⁰ "la giurisprudenza può accordare la legittimazione ad agire, in via alternativa, a titolo di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, e, in conseguenza, il danneggiato sceglierà fra le due vie quella più vantaggiosa, oppure, potrà agire, in via successiva, con la seconda azione, per perseguire un bene che non ha ottenuto con la prima azione, ma non potrà ovviamente cumularle" VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. Dir. civ.*, 1983, 1077, 1089

stress, l'irritazione che una determinata situazione può provocare: quello che parte della dottrina ha definito un danno esistenziale puro³⁸¹, ossia la frustrazione di non aver potuto godere del proprio tempo nel modo in cui si era programmato, al di là del fatto che questo non godere abbia avuto delle ripercussioni sulla sfera economica od unicamente sulla sfera morale, o meglio esistenziale.³⁸²

Orbene, appare problematico stabilire se un tale danno sia risarcibile in via contrattuale, integrando una lesione dell'interesse creditorio, oppure il ristoro sia da perseguire in via extracontrattuale, e, quindi, la situazione debba essere qualificata quale cumulo improprio.³⁸³

Non è possibile rispondere a questa domanda se non si scioglie preventivamente il dubbio circa la riconducibilità del danno non patrimoniale *tout court* all'alveo della responsabilità contrattuale o se, al contrario, solo nella responsabilità aquiliana potrà essere risarcito.

Prima di affrontare il problema della risarcibilità in via contrattuale del danno non patrimoniale da inadempimento occorre concludere il discorso sul cumulo/concorso delle due responsabilità nel contratto di trasporto aereo soffermandosi su una questione concernente il contratto di trasporto aereo internazionale.

Orbene, come sottolineato dalla dottrina navigazionistica,³⁸⁴ il sistema di Montreal-Varsavia crea un insieme di regole risarcitorie uniforme, che non si cura della possibile distinzione tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale.

Se da un lato alcuni autori sottolineano che i tratti del sistema di Montreal- Varsavia³⁸⁵ hanno tutti i connotati di una responsabilità contrattuale, piuttosto che quelli di una

³⁸¹ DI GIANDOMENICO G., *Il danno non patrimoniale per negato o ritardato imbarco*, in *Dir. Trasp.*, 1/05; IZZI B., *La tutela della persona nel caso di overbooking. I limiti di ammissibilità del danno da noia*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, a cura di DEIANA M., ISDIT, 2005, pag. 213 ss.

³⁸² Casi eclatanti, che ha dato origine alle prime pronunce in giurisprudenza, furono quelli della notte di Natale passata in aeroporto senza neppure sapere quando si sarebbe ripartiti etc... Per una disamina di queste casistiche si veda BILOTTA F., *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. It.*, 2001,6, 1159 e CASSANO G., *La giurisprudenza del danno esistenziale. Raccolta completa di sentenze per esteso*, CEDAM. Via via, però, la giurisprudenza, in specie quella onoraria si è trovata a fronteggiare casi di molto minore frustrazione legata al ritardo, ma spesso una semplice noia pure e semplice, attesa pura e semplice, pur se – e questo è parametro di risarcimento – privo di motivazioni ed informazioni.

³⁸³ DI GIANDOMENICO G., *Il danno non patrimoniale per negato o ritardato imbarco*, in *Dir. Trasp.*, 1/05

³⁸⁴ Si veda, tra i tanti: ROSAFIO E.G., *Riflessioni in margine all'art. 29 della Convenzione di Montreal del 1999*, in *Dir. Turismo*, n.2/2006, ANTONINI A., *il concorso di responsabilità in materia di trasporto*, in *Resp. civ. e prev.*, n.01/08

³⁸⁵ “La Convenzione di Varsavia conferisce tipicamente alla responsabilità del vettore una natura contrattuale, attraverso la presunzione (semplice) di sussistenza della stessa in presenza degli eventi descritti negli art. 17,18, e 19 della Convenzione, con dei limiti quantitativi della responsabilità in questione derogabili (in favore dell'utente del servizio aereo) proprio attraverso il contratto” BUSTI S.,

responsabilità qualificabile, nel nostro ordinamento, come aquiliana, in realtà nel diritto internazionale uniforme non si rinviene alcuna qualificazione in tal senso.

Si è letto ciò come una strada per superare i problemi connessi al cumulo/concorso³⁸⁶, laddove si ritiene che in realtà tutto quello che riguarda il trasporto aereo internazionale, traendo la sua regola dal diritto uniforme, si trova a derogare a quello che sono i criteri ed i principi dei due diversi sistemi di responsabilità³⁸⁷.

Altra parte della dottrina³⁸⁸ ha osservato che con la recente novella del codice della navigazione l'art. 941 non fa altro che rinviare alla disciplina internazionale uniforme per quello che riguarda la disciplina della responsabilità del vettore aereo.

Con questo richiamo non si fa altro che far entrare anche nel diritto interno, e quindi anche per quei contratti a cui si applica unicamente il diritto interno, quello che è il sistema internazionale uniforme, e, quindi, verrebbe meno la necessità di un dibattito circa il concorso delle due responsabilità nel trasporto aereo³⁸⁹, laddove in realtà onere probatorio, limiti di responsabilità, prescrizioni e decadenze trovano la loro regolamentazione nel sistema uniforme medesimo, facendo venir meno la necessità di

Contratto di trasporto aereo, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU – MESSINEO- MENGONI, Giuffrè, 2001, pag. 556-557

³⁸⁶ Ancora una volta al diritto dei trasporti – ed in specie a quello aereo – viene assegnato il ruolo di apripista su un percorso già da più parti suggerito in dottrina, di *reductio ad unum* della disciplina della responsabilità civile, al di là della bipartizione del sistema delittuale – contrattuale. Si veda in proposito Visintini G., *Responsabilità ...*, in *Encl. Giu., cit.* e CASTRONOVO C., *Responsabilità contrattuale e ...*, in *Atti del Incontro...*, *cit.*

³⁸⁷ Sul punto si veda anche MONATERI P.G., *Manuale della responsabilità civile*, UTET, 2001, pag. 29, laddove sottolinea che nel trasporto aereo internazionale c'è una copertura da parte di “disposizioni di diritto uniforme, le quali tendono ad applicare un regime unico di responsabilità”, che prevede varie limitazioni a favore del vettore, quale che sia il tipo di azione, delittuale, contrattuale o entrambe, che la legge applicabile ritiene possa venir fatta valere contro il vettore”

³⁸⁸ ROSAFIO E.G., *Riflessioni in margine all'art. 29 della Convenzione di Montreal del 1999*, in *Dir. Turismo*, n.2/2006 ma anche MASUTTI A., *Il ritardo nel ...*, *cit.*, pag. 249: “La riformulazione dell'art. 941 cod. nav. ha l'effetto di rendere applicabile anche ai voli nazionali, non effettuati da vettori comunitari, le disposizioni internazionali (e comunitarie) in materia”

³⁸⁹ “notevolmente diverso è il discorso nelle fattispecie rette dalle convenzioni internazionali. In esse, il concorso di azioni non dà luogo ai problemi particolari propri del nostro ordinamento, poiché, per espressa disposizione normativa, il diritto nei confronti del vettore è assoggettato alle regole dettate dalle convenzioni stesse, indipendentemente dal titolo contrattuale o extracontrattuale dell'azione esercitata (...) Esso evidenzia un nuovo lineamento della responsabilità civile, introdotto dal diritto dei trasporti, per il quale la tutela risarcitoria del danneggiato viene realizzata mediante l'applicazione di regole sostanziali costanti, che prescindono dal diritto fatto valere (inadempimento contrattuale o lesione di una situazione soggettiva tutelata) e dallo strumento processuale prescelto (azione contrattuale o azione extracontrattuale)” ANTONINI A., *il concorso di responsabilità in materia di trasporto*, in *Resp. civ. e prev.*, n.01/08, pag.8

scegliere tra l'applicazione del regime dell'art. 1218 c.c., nonché di quello specifico del 1681 c.c., oppure degli artt. 2043 e 2059 c.c..³⁹⁰

Invero,³⁹¹ questa visione del sistema semplifica e riduce le aree di necessario scontro e confronto tra i due titoli di responsabilità. Pur tuttavia, non azzerava la problematica³⁹². Se infatti suggerisce una strada di sovrapposizione tra le due forme di responsabilità – già accennata in dottrina da anni – secondo quello che Gilmore chiamò “l'area del *contort*”,³⁹³ con una sovrapposizione lessicale tra *contract* e *tort*, è pur vero che il sistema internazionale uniforme non risponde ad alcuni problemi a cui soltanto il diritto interno, ritenuto applicabile in base alle norme internazionali di competenza giurisdizionale può dare soluzione, e che pertanto pretendono una scelta tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nel risarcimento di danni derivanti dall'inadempimento del contratto di trasporto aereo.

Primo problema è dato dalla nozione di danno prevedibile. Il sistema di Montreal-Varsavia tratteggia dei limiti risarcitori³⁹⁴ che, per i danni da ritardo, ammontano a 4150 diritti di prelievo, limite massimo di risarcimento; ma non ci dice se, all'interno di questo limite, siano risarcibili tutti i danni, o solo quelli prevedibili. Al contrario, nel diritto interno, saranno risarcibili solo i danni prevedibili, ex art. 1225 c.c. (fatto salvo il caso di dolo nell'inadempimento), qualora si agisca in via contrattuale, mentre saranno risarcibili tutti i danni, purché diretti ed in nesso di causalità col fatto illecito, qualora si agisca in via aquiliana.

Secondo problema è quello originato dall'essere il danno non patrimoniale, laddove il sistema di Montreal – Varsavia non qualifica il tipo di danno e, quindi, non esclude né chiarisce se sia risarcibile anche tale tipo di danno.

³⁹⁰ “Molto semplicemente, le fonti convenzionali troncano alla radice la questione del regime di responsabilità del vettore per danno alla persona del trasportato, o per distruzione, perdita od avaria di merci e bagagli, o per ritardo nel loro viaggio, dichiarando che le norme uniformi si applicano ad ogni azione in responsabilità, a qualsiasi titolo promossa, da chiunque lamenti un pregiudizio per gli eventi dannosi descritti, anche e soprattutto temporalmente, dalle stesse regole.” BUSTI S., *Contratto di trasporto aereo...*, cit., pag.545

³⁹¹ ANTONINI A., *il concorso di ...*, cit., n.01/08

³⁹² “La Convenzione di Varsavia (e quella di Montreal) e del pari le altre fonti del diritto uniforme dei trasporti, disciplinano in maniera unitaria le conseguenze del concorso di azioni, senza però dirci quando quest'ultimo sia possibile, poiché quella di quale titolo porre alla base dell'azione è una questione estranea alle stesse [da risolversi, allora, secondo una particolare legge nazionale: BENTIVOGLIO, *Conflicts problems*, p. 147 ss]” BUSTI S., *Contratto di trasporto aereo*, cit., pag. 547

³⁹³ Citato in DI MAJO A., *La responsabilità contrattuale*, Giappichelli, 2008, pag.14

³⁹⁴ GIACOBBE S., *La responsabilità del vettore aereo per ritardo*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, a cura di DEIANA M., ISDIT, 2005, pag.87 ss

Nel diritto interno, allora, dovremmo risolvere il problema connesso alla risarcibilità del danno morale in via contrattuale chiarendo se vi sia o meno spazio nel titolo contrattuale per risarcire anche i patimenti dell'animo o se, invece, come altra parte della dottrina³⁹⁵ sostiene, il danno morale debba trovare ristoro in altra forma, rendendo così necessario il ricorso al meccanismo del concorso di responsabilità.

Se quindi l'analisi della responsabilità nel trasporto aereo, alla luce della disciplina internazional-uniforme, così come richiamata anche dall'art. 941 cod.nav. (e quindi applicabile anche ai contratti di diritto interno) in qualche modo semplifica il dibattito, perché risolve alcune problematiche, pur tuttavia non elimina la necessità di individuare la concorrenzialità dei due titoli di responsabilità e l'applicabilità degli stessi e di dover ricondurre all'uno o altro regime di responsabilità i danni che si vogliono veder risarciti.

Ciò nonostante, le osservazioni della dottrina navigazionistica su come il diritto dei trasporti sia ancora un volta propulsore di un nuovo approccio alla responsabilità, che prescindendo dalle classificazioni del diritto classico, costituiscono senza dubbio uno spunto di riflessione non sottovalutabile.

Chiarito questo punto si può ora muovere l'indagine circa la risarcibilità in via contrattuale del danno non patrimoniale e, in caso di risposta negativa a tale primo quesito, circa la possibilità che il danno esistenziale da ritardo nel trasporto aereo trovi ristoro in via aquiliana o, al contrario, debba restare nell'area del non risarcibile.

5.2 danno non patrimoniale e risarcibilità

La risarcibilità del danno non patrimoniale è problematica che divide la dottrina da oltre un secolo, e che si è dovuta scontrare con le diffidenze filosofiche verso la monetizzazione dell'essere³⁹⁶ e con una concezione patrimonialistica³⁹⁷ del diritto privato.

³⁹⁵ Storicamente parte della dottrina italiana, da Gabba in poi, ha osteggiato la possibilità di configurare un danno non patrimoniale da inadempimento, ancorando il contratto alla patrimonialità. Per una disamina delle vicende storiche e dell'evoluzione di tale pensiero si veda BONA M., *Il danno contrattuale non patrimoniale*, in *Il nuovo contratto*, a cura di MONATERI P.G., DEL PRATO E., MARELLA MR., SOMMA A., COSTANTINI C., Zanichelli, 2007, pag. 1211 ss.

³⁹⁶ BONA M., *Il danno contrattuale non patrimoniale, cit.*: "le ragioni addotte contro il risarcimento del danno non patrimoniale erano sostanzialmente di questo tipo: 1) ragioni d'ordine morale, per le quali sarebbe immorale comparare il dolore con il denaro e pensare che le sofferenze potessero essere compensate con il denaro; 2) difficoltà d'ordine probatorio; 3) impossibilità di stabilire un'equivalenza tra danno e risarcimento"

Senza voler ripercorrere, in questa sede, le vicende storiche che hanno condotto alla reinterpretazione del concetto di danno morale, ed alla partizione del danno non patrimoniale in biologico, morale ed esistenziale³⁹⁸, nonché del *revirement* della Corte di Cassazione³⁹⁹, avallato dalla Corte Costituzionale⁴⁰⁰, e completato dalle recenti pronunce della Suprema Corte, volte a dar voce alla risarcibilità delle lesioni di interessi costituzionalmente protetti, e, poi, a ricondurre il danno in un sistema bipartito⁴⁰¹ e a dare nuovo impulso all'art. 2059 c.c., la presente analisi non può tuttavia prescindere da determinati elementi, quali, primi tra tutti: l'applicabilità dell'art. 2059 c.c. anche al di fuori dei casi in cui sia astrattamente configurabile un reato, e, quindi, al di là dell'art. 185 c.p., e la configurabilità di una lesione tutelata dalla legge ogni volta che venga colpito un bene costituzionalmente protetto⁴⁰²; l'esistenza di un danno esistenziale, inteso come compressione delle espressioni e delle aspettative della vita relazionale, ossia di un danno afferente alla sfera non patrimoniale, svincolato dalla lesione psico/fisica medicamente valutabile, ma caratterizzato da un profilo oggettivo,

³⁹⁷ CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, 1889, II, 41: “danno è diminuzione del patrimonio: e perché questa è data dal rapporto fra le entità del patrimonio com'era prima del fatto illecito o come avrebbe potuto essere qualora il fatto illecito non fosse stato commesso, e l'entità di esso considerata dopo che il fatto è avvenuto, così è danno tanto la perdita effettivamente patita quanto il guadagno di cui si è stati privati. Mancando il concetto essenziale del danno, non si può giuridicamente intendere l'indennizzo del danno detto morale: le offese fatte all'onore, alla persona, danno luogo a risarcimento solo quando siano causa di diminuzione del patrimonio”

³⁹⁸ Si veda, in proposito, tra i tanti contributi CENDON P., *Esistere o non esistere*, in *Resp.civ. e prev.*, n.6/2000, pag. 1251 ss. nonché ZIVIZ P., *Danno non patrimoniale*, in *nel diritto.it*, 2008; CENDON P., *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, pag. 675 ss.; CENDON P. – ZIVIZ P., *Vincitori e vinti (...dopo la sentenza n.233/2003 della Corte Costituzionale)*, in *Giur.it.*, 2003, pag. 1780 ss.; PULVIRENTI M.S.A., *Danno non patrimoniale “sempre risarcibile” e responsabilità contrattuale*, in *Atti del Convegno: Incontro di studio della formazione decentrata sul tema responsabilità contrattuale. Prova dell'inadempimento e danno non patrimoniale da contratto*, Catania 16.01.2004, BILOTTA F., *Danno esistenziale*, in *nel diritto.it*, 2008

³⁹⁹ Cass. Civ. n. 8822 e 8823/03

⁴⁰⁰ Corte Cost. n. 223/2003

⁴⁰¹ Non si può oggi prescindere dalle risultanze della Sez.U. [n. 26972/2008](#), che ha richiamato quali sono i pilastri del risarcimento in tema di danno non patrimoniale, e cioè il principio del “risarcimento integrale”, e la necessità dunque (ad es. in tema di famiglia, di lavoro, ma non solo) di tener conto degli “aspetti relazionali” della persona ed ha rimarcato che, ai fini della condanna risarcitoria, occorrerà sia stato colpito a monte un bene della persona di rango costituzionale, con un deciso no quindi ai danni c.d. bagatellari. Per un primo commento si veda FRANCESCHETTI P., *Le Sezioni Unite sul danno esistenziale*, in [www.lapraticeforense.it](#), rivista telematica a cura di SIROTTI GAUDENZI A, FRANCESCHETTI P. e DI RAGO G.

⁴⁰² Tale apertura, operata nel 2003 con i già citati arresti giurisprudenziali, ha dato avvio ad una rivitalizzazione dell'utilizzo del cumulo tra i due titoli di responsabilità. Sul punto: “l'applicazione di questa regola al caso concreto ha infatti generato delle vere e proprie zone grigie tra torto e contratto, che ormai la giurisprudenza ha provveduto a qualificare come loci classici di responsabilità. (...) Questa soluzione giurisprudenziale trova oggi nuova linfa vitale grazie anche all'operazione di *revirement* operata dalle magistrature superiori del 2003 che hanno definitivamente infranto il dogma del combinato disposto degli artt. 2059 cc. e 185 c.p.” COLANGELO G., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Obbl. e contratti*, n.04/2006, pag. 352

ossia ben distinto dal profilo soggettivo proprio del *pretium doloris*, caratterizzante invece il danno morale in senso stretto.

Date queste premesse, frutto di un lento cammino giurisprudenziale, iniziato con la sentenza della Corte Costituzionale n.184 del 1986, e dottrinario, avviatosi ben prima⁴⁰³, la presente disamina desidera soffermarsi, innanzitutto, sulla possibilità di configurare in via contrattuale il risarcimento del danno non patrimoniale derivante da inadempimento, senza necessità di ricorrere al cumulo di responsabilità’.

Una tale strada venne osteggiata dalla dottrina di inizio novecento, che condusse, proprio per questa rigida chiusura, la giurisprudenza italiana⁴⁰⁴ ad elaborare la teoria del cumulo o concorso di responsabilità’.

Una prima argomentazione, volta a superare la precedente interpretazione, fu quella di ritenere l’art. 2059 c.c. applicabile anche ai contratti sulla scorta dell’osservazione che, pur se la norma è inserita nel titolo dei fatti illeciti e non richiamata nel capo sull’inadempimento, una interpretazione aderente alla logica del sistema non poteva non avvedersi dell’impossibilità che il legislatore avesse concesso il risarcimento del danno morale solo in uno e non in entrambi i rami della responsabilità civile.

Argomento, questo, in verità fragile, atteso che, non solo non appare possibile che il legislatore del ’42, in pieno dibattito sul danno non patrimoniale, compisse una svista di tal genere, ma anche perchè l’analisi del testo depone in senso contrario: è il titolo sui fatti illeciti a richiamare, con l’art. 2056c.c., gli articoli sul risarcimento del danno da inadempimento, e non il contrario.⁴⁰⁵

La debolezza dell’argomento – pur seguito da alcuni autori – portò alla ricerca di altre soluzioni, volte a combinare l’art. 2059 c.c. con le vicende contrattuali. E le interferenze vengono rinvenute nel caso del reato-contratto⁴⁰⁶, e nei casi in cui la legge specificamente prevedeva, per alcune vicende obbligatorie, la responsabilità anche per danni morali. Caso emblematico di questa seconda categoria è il danno da vacanza

⁴⁰³ E’GAZZARA M, *cit.*, a ricordare che nel 1942, in piena redazione del codice civile, il dibattito della dottrina sul punto era più vivo che mai: “risulta difficile immaginare una svista o una dimenticanza dei compilatori, tanto più che il codice civile tedesco, che tanto avrebbe secondo alcuni influenzato il Legislatore del 42 sino a spingerlo ad adottare l’espressione danno non patrimoniale, anziché quella più tradizionale di danno morale, prevedeva la relativa disciplina non già nel Libro II, sez. VII, titolo XXV relativo ai fatti illeciti ma nel libro II, Sez. I tit.I che detta la disciplina del rapporto obbligatorio”.

⁴⁰⁴ Al contrario, in Francia, dottrina e giurisprudenza sono ferme nel negare la possibilità di un concorso, ma riconoscono piena risarcibilità al danno non patrimoniale all’interno del contratto.

⁴⁰⁵ BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, pag. 230: “il Legislatore fa estensione dei canoni risarcitori del campo contrattuale a quello extracontrattuale e non viceversa”

⁴⁰⁶ A differenza del reato-in-contratto. Per una disamina sul punto si veda LIBERATI A., *Contratto e reato: interferenze tra disciplina civile e disciplina penale*, Giuffrè, 2004

rovinata⁴⁰⁷, che rinvie nel dettato dell'art. 13 della direttiva 93/30/CE, come recepita dal D.Lgs 111/95, oggi agli art. 84 ss. Cod. Cons., la propria legittimazione quale danno risarcibile, grazie alla dizione "tutti" i danni, che, nell'interpretazione della Corte di Giustizia⁴⁰⁸ non può non ricomprendere anche i danni non patrimoniali.

Questa ricostruzione del danno non patrimoniale tutta ancorata sull'art. 2059 c.c., indusse la giurisprudenza a ritenere che la risarcibilità di detti danni potesse essere configurata solo in via extracontrattuale, e solo grazie alla regola del cumulo. Così la responsabilità aquiliana si trovò a svolgere un ruolo di difensore del contratto, agevolato dall'espandersi, in via pretoria, dell'ambito del danno aquiliano, sino a ricomprendere i diritti di credito.⁴⁰⁹

Fu quindi l'approfondimento svolto dai *tort men* ad introdurre e rivitalizzare nel panorama italiano il dibattito circa il danno non patrimoniale, nei casi non specificamente previsti dalla legge e non integranti reato, sino ad arrivare, come ricordato, a tutelare ogni lesione di un interesse costituzionalmente protetto.

E fu proprio tale apertura a spingere la tutela del danno non patrimoniale da inadempimento nell'area del 2059 c.c., attraverso il combinato disposto con l'art. 2 e 3 della Costituzione.⁴¹⁰

Ma accanto a tale strada, negli anni ha preso corpo una diversa impostazione del problema, volta a risolvere nel contratto l'intera vicenda dell'inadempimento, e che muove le mosse da una nuova interpretazione del contratto, non più inteso come mero incontro di prestazioni, ma come luogo di soddisfazione di interessi patrimoniali e no, struttura complessa, in cui sono dedotti i bisogni, non solo economici, ma anche morali, ricreativi, culturali.⁴¹¹

⁴⁰⁷ Se ne veda una disamina nel già citato CENDON P. *esistere o non...*, *cit.*. Per maggiori riflessioni sulla tematica del danno da vacanza rovinata, la sua ricostruzione attraverso il combinato disposto di art. 2059 e D.lgs 111/95, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia Europea con la sentenza del 12.02.2002, si veda tra i tanti SAVANNA L., *Contratti di viaggio e responsabilità: il danno da vacanza rovinata*, Giappichelli, 2008

⁴⁰⁸ Sentenza del 12.03.2002

⁴⁰⁹ Tra i tanti si veda il già citato contributo di DE MATTEIS, *cit.*

⁴¹⁰ Si veda il già citato contributo di DI GIANDOMENICO G., *Il danno non patrimoniale...*, *cit.*

⁴¹¹ "L'obbligazione tende a presentarsi non più come un rapporto elementare (limitato alla prestazione dovuta in senso stretto), ma come struttura complessa, caratterizzata da una serie di obblighi accessori, coordinati al primo in un nesso funzionale unitario. La tutela si estende così alla violazione degli obblighi ulteriori, rispetto alla prestazione dedotta nel rapporto, e che possono quindi apparire, piuttosto, manifestazioni di un generale dovere di non ledere la sfera giuridica altrui" SALVI C., *Responsabilità extracontrattuale*, in *Encicl. Giur.*, Giuffrè e ancora "la distinzione appare tuttavia problematica con riguardo a certe situazioni di confine che si presentano connesse a rapporti di tipo contrattuale, in quanto o si tratta di illeciti commessi in vista della conclusione di un contratto, o di comportamenti scorretti che incidono nella fase dell'esecuzione di un rapporto obbligatorio che, per sua

In tale ottica, allora, può essere superata la visione classica di patrimonialità del contratto⁴¹² e può essere valorizzato il dato letterale dell'art. 1174 c.c., che stabilisce che l'interesse può essere non patrimoniale, purché sia suscettibile di valutazione economica.⁴¹³

“Sempre più frequentemente gli individui stipulano contratti diretti a soddisfare interessi neppure mediamente economici, quali lo svago, la crescita spirituale, culturale, contratti finalizzati a migliorare la qualità della vita, piuttosto che ad accrescere il proprio patrimonio inteso nell'accezione puramente reddituale”⁴¹⁴; allo stesso modo sempre maggiore è il mercato costituito da aziende che commercializzano prodotti diretti alla soddisfazione di codesti interessi non patrimoniali.

La via per tutelare pienamente questi contratti e, quindi, i soggetti che attraverso essi operano, non può non passare attraverso una lettura più attenta dell'art. 1174 c.c., che conduca a ritenere che, nel contratto, sia dedotto un insieme complesso di obbligazioni⁴¹⁵, fatto non solo dell'adempimento alla prestazione *tout court*, ma anche dalle modalità di adempimento e dal rispetto di quell'insieme composito di interessi –

natura, coinvolge in modo particolarmente stretto la persona o i beni di uno dei contraenti” VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Encicl. Giur.*, Treccani, pag. 1. Ed ancora, “a monte del rapporto obbligatorio vi è un intricato complesso di valori spirituali ed etici” e ancora “infatti, dal regolamento contrattuale è possibile identificare non solo il tipo di causa negoziale voluta dalle parti, ma anche gli interessi ulteriori e diversi che sono a monte rispetto alla stipulazione e che contribuiscono a definire la ripartizione dei rischi” COLANGELO G., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Obbl. e contratti*, n.04/2006, pag. 349 e 356

⁴¹² Fortemente sostenuta in passato, ed ancora oggi, in verità, accolta da parte della dottrina: “In tali ipotesi, peraltro, la responsabilità deve ritenersi di natura extracontrattuale e non già contrattuale, da inadempimento. Infatti l'inadempimento consiste nel mancato o inesatto svolgimento della prestazione che deve avere carattere patrimoniale ex art. 1174 c.c.. Esso lede l'interesse a ricevere la prestazione (interesse ad avere una cosa che non si ha, come diceva Nicolò). Tale lesione deve essere ripristinata nella sua natura, appunto patrimoniale. Tuttavia l'inadempimento può porsi anche come lesivo di un altro interesse, di natura non patrimoniale, e che si sostanzia generalmente come diritto soggettivo assoluto. In questo senso l'inadempimento dell'obbligazione si pone come fatto illecito causativo di danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c.” DI GIANDOMENICO G., *Il danno non patrimoniale per negato o ritardato imbarco*, in *Dir. Trasp.*, 1/05

⁴¹³ “...facendo leva sull'interesse creditorio che ha determinato l'an della stipulazione possa essere molto utile, perché permette di risolvere l'intera vicenda del danno non patrimoniale da inadempimento all'interno del sistema contrattuale in modo semplice e diretto rispetto a quanto non sia mai stato fatto fino ad ora. Il vantaggio di questa impostazione è perciò quella di rendere possibile una valutazione attenta degli interessi negoziali che il contratto è destinato a soddisfare in concreto.” COLANGELO G., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Obbl. e contratti*, n.04/2006, pag. 355

⁴¹⁴ GAZZARA M., *cit.*, pag. 14

⁴¹⁵ Contra il già citato Di Giandomenico, nonché Scognamiglio. Per una disamina delle diverse posizioni della dottrina sul punto si veda Gazzara. L'A., nell'opera citata, si sofferma peraltro ad osservare come la concezione patrimonialistica del diritto civile debba oggi giorno far fronte al “progredire della sensibilità comune” che “viaggia, pur con comprensibili oscillazioni, verso il riconoscimento della centralità della persona umana, la quale occupa il primo posto nella gerarchia dei valori costituzionali”, *IBIDEM*, pag. 13

anche non patrimoniali - dedotti normalmente in un contratto di una determinata natura.

Osservando in tale ottica il rapporto negoziale, ci si avvede di come alcuni valori idiosincratici⁴¹⁶ permeino il rapporto medesimo e, lungi dall'essere relegati fuori dalla relazione contrattuale – vissuta in modo esclusivamente patrimonialistico – emergano e caratterizzino il rapporto e, pertanto, vincolino la correttezza dell'adempimento.

Secondo una tale interpretazione, pertanto, il danno emergente di cui parla l'art. 1223 c.c. non è non può essere solo una lesione al patrimonio⁴¹⁷, ma deve invece ricomprendere anche la lesione di quei valori idiosincratici dedotti nel contratto, o ad esso connaturati seconda la logica dell'*id quod plerumque accidit*.⁴¹⁸

Si potrà quindi affermare, nel caso specifico del trasporto aereo, che “l'interesse creditorio nel contratto stipulato con il vettore aereo, non si esaurisce in effetti nel risultato, ossia quello di essere trasportato da un posto all'altro, ma si arricchisce di un aspetto fondamentale, in ragione del mezzo che è stato scelto per realizzare lo spostamento: arrivare alla meta nel più breve tempo possibile e senza stress”⁴¹⁹, e che, pertanto, il ritardo leda questo interesse connaturato al contratto, costituito dalla celerità⁴²⁰ e, quindi, dall'assenza di attese, dall'elusione di situazioni di stress e di stanchezza.

Ciò significa che il disagio, la lungaggine del viaggio, l'irritazione per l'appuntamento perso, la noia provocata dall'attesa possono trovare ristoro, se ritenuti un “danno emergente” dall'inadempimento, perché integranti una lesione dell'interesse creditorio dedotto o connaturato al contratto⁴²¹.

⁴¹⁶ SMORTO G., *Il danno da inadempimento*, CEDAM, 2005. Vedi BILOTTA F., *Inadempimento e...*, cit., per giurisprudenza di Trib. Venezia che nega la deducibilità di valori idiosincratici nel contratto.

⁴¹⁷ Tale impostazione del problema venne fornita da Bonilini. Al contrario Scognamiglio, pur condividendo l'inutilizzabilità dell'art. 2059 c.c. nella responsabilità contrattuale, giungeva all'opposta conclusione di negare spazio a tale costruzione e risolvere il problema solo con la regola del cumulo.

⁴¹⁸ BILOTTA F., *Inadempimento e...*, cit.,

⁴¹⁹ BILOTTA F., *Inadempimento e...*, cit.,

⁴²⁰ GIACOBBE S., *La responsabilità del vettore aereo da ritardo*, cit., pag. 102-103: “in effetti il passeggero od il mittente non stipulano un contratto di trasporto animati dal generico fine di ottenere il dislocamento della propria persona o di merci da un luogo all'altro, ma per soddisfare un interesse ulteriore, secondo una ben definita progettualità di intenti. L'interesse creditorio al trasporto che, salvo rarissime eccezioni, è strumentale alla realizzazione di un interesse distinto ed ulteriore, rimarrebbe inevitabilmente frustrato se, in assenza di un sistema sanzionatorio del ritardo, il termine di esecuzione del trasporto fosse di fatto rimesso alla volontà del vettore”

⁴²¹ “...la trasposizione del danno alla persona dalla perdita della capacità di soddisfare quelli che erano per tradizione i bisogni materiali, e cioè la perdita della vecchia capacità di reddito, alla perdita della capacità di soddisfare i nuovi bisogni immateriali, e cioè dell'essere in salute come condizione per

Ne si deve ritenere – come da più parti si è prospettato – che una tale impostazione possa portare ad un aumento esponenziale dei danni bagatellari risarcibili, suscettibili di lievitare attraverso la fantasiosa creatività dei presunti lesi⁴²² - e, con questo, ad una paralisi del mercato o, comunque, ad un incremento dei costi medi, per permettere al professionista di attenuare – *a priori* - le conseguenze negative dell'eventuale proliferare di danni e risarcimenti.

E difatti, tale interpretazione incontra una prima limitazione nel fatto stesso che l'interesse creditorio deve, per l'appunto, essere dedotto nel contratto od evidente, stante il tipo di contratto, la natura delle prestazioni in gioco. Non quindi qualunque interesse, ma solo uno ben noto al professionista, e parte del rischio professionale, potrà essere invocato.⁴²³

Inoltre, la quantificazione del danno non potrà non essere relazionata alla valutazione degli interessi in gioco, dalle parti già operata all'interno del contratto, laddove una determinata prestazione – intesa nella sua accezione composita – ha ricevuta un valore, indicato nel prezzo.

Pertanto, il valore economico del contratto costituirà parametro per la quantificazione del danno non patrimoniale, che, pur dovendo necessariamente riferirsi alla sfera della valutazione equitativa, troverà in detto criterio di ponderazione un limite, a tutto favore dell'equilibrio contrattuale e del contenimento del rischio d'impresa.⁴²⁴

Inoltre, lungi dal nuocere al mercato, la tutela degli interessi non patrimoniali nel contratto potrà avere, invece, benefica influenza⁴²⁵: la pienezza del ristoro di tutti gli

partecipare al grande circuito della società opulenta” MESSINETTI D., *Recenti orientamenti sulla tutela della persona*.

⁴²² BILOTTA F., cit., in proposito si sofferma su una serie di casi, oggetto d'analisi da parte della giurisprudenza onoraria, e vertenti sui danni immateriali cagionati da “piccoli imprevisti”, quali l'errato taglio di capelli eseguito da un parrucchiere o il disservizio di un gestore telefonico.

⁴²³ “più in particolare attraverso una lettura combinata dell'art. 1223 c.c. e dell'art. 1174 c.c. diviene chiaro che i termini del problema ruotano attorno al concetto di prestazione dovuta e di interesse del creditore nella soddisfazione della sua pretesa. Non può essere trasferito sul debitore il rischio della lesione di qualunque interesse sotteso alla prestazione, ma attraverso il principio della causalità adeguata vengono prese in considerazione solo quelle ripercussioni che hanno attinenza immediata nella funzionalità dello scambio (...) pertanto, solo quando l'interesse non economico sia reso noto al debitore e questi ne abbia accettato il rischio contrattuale, il Giudice potrà tutelare la pretesa del creditore” COLANGELO G., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Obbl. e contratti*, n.04/2006, pag. 356-357

⁴²⁴ SMORTO G., *Il danno da inadempimento*, Cedam, 2005, pag. 47 ss.

⁴²⁵ “nell'attuale quadro economico dovrebbe tuttavia essere chiaro che l'esigenza di tutela del creditore insoddisfatto che pure non riesca a dimostrare un danno qualificabile in termini di danno emergente e di lucro cessante, così come tradizionalmente intesi, non è tanto e soltanto un problema di tutela della personalità umana, nelle varieguate forme in cui essa si manifesta, quanto una questione di tutela del

interessi, patrimoniali e no, darà, infatti, da un lato, maggior fiducia ai consumatori, che, quindi, saranno invogliati alla fruizione dei servizi o all'acquisto dei beni inerenti quei particolari settori in cui il lato "spirituale" del consumo ha un ruolo preponderante⁴²⁶, e, dall'altro, le imprese avranno la consapevolezza che il loro adempimento verrà valutato nella sua interezza e, quindi, saranno spinte ad un supplemento di diligenza.

Una tale impostazione della problematica, peraltro, appare in linea con i principi *Unidroit*, nonché con i principi espressi dalla Commissione Lando e dal Progetto Gandolfi, tutti favorevoli alla risarcibilità del danno "morale" – pur se con delle limitazioni – cagionato da inadempimento.

Accanto a tale interpretazione, la dottrina civilistica ha, inoltre, elaborato un'altra via di riconduzione del danno non patrimoniale nell'alveo della responsabilità contrattuale, attraverso la teorizzazione dei c.d. obblighi di protezione.

Ed infatti, muovendo le mosse dai principi dell'art. 1175 c.c.⁴²⁷, detta dottrina ritiene che ogni obbligazione abbia natura complessa, perché costituita dalla prestazione in sé e per sé, e da una serie di obblighi accessori, alle volte indicati dalla legge, più sovente discendenti dal dovere di buona fede. Detti obblighi sono sostanzialmente di salvataggio, di sicurezza, di custodia, di informazione, ed arricchiscono e completano il corretto adempimento. In tal modo, ad esempio, l'incolumità del passeggero⁴²⁸ costituirà obbligo accessorio al trasporto, inerente la *species* della "sicurezza", mentre la

mercato, di cui una grande fetta è oggi occupata da aziende che commercializzano beni e servizi diretti alla soddisfazione di bisogni non economici? GAZZARA M., *cit.*, pag. 15

⁴²⁶ "Se gran parte del mercato è ormai occupato da servizi e prodotti del tempo libero, se nelle moderna società industriali si è disposti a spendere una sempre maggiore quantità del proprio tempo e del proprio denaro per migliorare il proprio aspetto fisico, per divertirsi, per rilassarsi, per soddisfare bisogni intellettuali, culturali, religiosi, il problema che si pone è quello di garantire adeguata protezione a tali bisogni ed interessi anche in sede contrattuale..." GAZZARA M., *cit.*

⁴²⁷ "merita maggiore attenzione in questa sede l'altra ipotesi della elaborazione giurisprudenziale di obblighi di buona fede nella esecuzione del rapporto obbligatorio. (...) la terminologia preferita dalla nostra dottrina per classificare questa serie di obblighi di buona fede è quella di <<doveri di protezione>> (...) nell'ambito della quale si distinguono obblighi vari di informazione, di custodia, di sicurezza, di salvataggio (cfr BENATTI F., *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. tr. dir. e proc. civ.*, 1960, 1342 ss)" VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Encicl. Giur.*, Treccani, pag. 2

"e infatti puntualmente l'art. 1175 c.c. costituisce la base normativa per la teorizzazione che la dottrina ha avviato coniando l'espressione di "obblighi di protezione", nell'ambito della quale sono stati classificati svariati obblighi di informazione, di custodia, di sicurezza, di salvataggio, la cui violazione, ad avviso di tale dottrina, può dare luogo a responsabilità per danni a carico del debitore (...) non si può revocare in dubbio la possibilità che un comportamento scorretto, cioè un comportamento contrario ad un obbligo c.d. di protezione possa essere fonte di responsabilità per danni attraverso una applicazione diretta, o al più analogica, dell'art. 1218 c.c." VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, CEDAM, 2005

⁴²⁸ MASTRANDREA G., *Gli obblighi di protezione nel trasporto aereo di persone*, CEDAM, 1994

chiarezza delle condizioni e dei rischi, ad esempio in un contratto di finanziamento, integrerà un obbligo informativo, etc... Tutti codesti obblighi accessori, o doveri di protezione, faranno quindi parte dell'obbligazione complessa, e, quindi, l'inesatto adempimento di quest'ultima sarà realizzato con l'inadempimento di una sola delle obbligazioni accessorie, con ovvia ripercussione sul piano risarcitorio⁴²⁹.

Attraverso le vie sopra delineate, parte della dottrina ha tentato di invertire il processo di "aquilianizzazione" del contratto; ma tali posizioni non sono state unanimemente recepite e, in verità, non incontrano, al momento, particolare seguito in giurisprudenza, dove, al contrario, resta più che frequente il ricorso al cumulo delle due responsabilità, come via di accrescimento della tutela del creditore, particolarmente in determinate fattispecie, come quella del contratto di trasporto.

Volendo però soffermarsi su un'analisi in ordine alla risarcibilità in via aquiliana del danno da ritardo aereo, si potrebbe invero giungere a conclusioni negative.

Difatti, se da un alto i *tort men* hanno da tempo indirizzato la loro riflessione verso l'espansione della categoria del danno risarcibile, attraverso la teorizzazione del danno esistenziale, non si può non osservare come tali sforzi interpretativi abbiano condotto a tutelare lesioni costituzionalmente rilevanti e, quindi, pregiudizi esistenziali che coinvolgono la libera espressione e realizzazione della persona nella società.⁴³⁰

Una tale definizione non è, però, confacente, a tutta quella serie di danni definiti "bagatellari" o, meglio, esistenziali puri.⁴³¹

Orbene, nel ritardo aereo, al di là del pregiudizio patrimoniale, di cui si dirà *infra*, il danno subito dal passeggero è effettivamente limitato ad una frustrazione, ad una irritazione, ossia ad uno stato d'animo transeunte, idoneo in alcuni casi, ma non certo in tutti, ad incidere sulla vita relazionale, ma spesso non suscettibile di essere catalogato quale lesione dell'art. 2 della Costituzione.

Conseguenza di tale riflessione è che detto danno non potrebbe essere ricondotto nell'art. 2059 c.c., nonostante le interpretazioni estensive della sua portata⁴³²; pertanto,

⁴²⁹ "in conclusione direi che l'area della responsabilità contrattuale esce rafforzata da questo breve *excursus* con riguardo a tutte le situazioni in cui la clausola generale di buona fede svolge una funzione integrativa del regolamento contrattuale e laddove e la legge stessa a prevedere degli obblighi specifici di comportamento in presenza di un rapporto obbligatorio preesistente dalla struttura complessa. In tutti gli altri casi si è in responsabilità extracontrattuale" VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, CEDAM, 2005pag.235

⁴³⁰ CASSANO G., *cit.*

⁴³¹ DI GIANDOMENICO G., *cit.*

⁴³² In tal senso i più volte citati contributi di DI GIANDOMENICO e IZZO B.

se si contrasta l'interpretazione della dottrina tesa a ricondurre nell'alveo della tutela contrattuale il danno non patrimoniale, e nella specie quello da ritardo, detta lesione finirebbe per rimanere priva di tutela, sfuggendo anche alle maglie della responsabilità aquiliana⁴³³.

Una tale conclusione appare riverberarsi negativamente non solo sul singolo, cui viene negata tutela, ma anche sul mercato, e, pertanto, sugli interessi collettivi. Difatti, se, come sopra argomentato, i nuovi scenari del consumo involgono settori in cui gli "interessi in gioco" non sono più (solamente) patrimoniali, ma culturali, spirituali e ricreativi, se, appunto, la "società opulenta" ha mutato il tenore ed il livello dei propri bisogni, una tutela che non riesca a stare al passo con i nuovi contenuti dei contratti rischia di perdere gran parte della propria forza dissuasiva e, pertanto, di incoraggiare le imprese ad un comportamento negligente, qualora le conseguenze economiche di detta condotta non si rivelassero in grado di sopravanzare i suoi benefici finanziari, in termini di riduzione di costi e ottimizzazione delle allocazioni.

La dottrina contraria alla lettura dell'art. 1223 c.c. in combinato disposto con l'art. 1174 c.c., in chiave di apertura al danno non patrimoniale da inadempimento, infatti, coglie la lacuna che si verrebbe a creare nell'ordinamento, e suggerisce la via dell'indennizzo forfettario, nelle forme della responsabilità oggettiva, quale rimedio per equilibrare i rapporti contrattuali in caso di inadempimenti o, meglio, di inesatti adempimenti involgenti (quasi) esclusivamente valori idiosincratichi.

E' questa, del resto⁴³⁴, la via seguita dal Regolamento 261/2004/CE, limitatamente al danno cagionato dal diniego d'imbarco e dalla cancellazione del volo non preavvertita. Al contrario, detto Regolamento non tutela, sotto tale profilo, il ritardo *tout court*, ritenendo sufficiente la garanzia di forme assistenziali di base, nonché la possibilità di una risoluzione per inadempimento, qualora il ritardo superi le cinque ore.

⁴³³ In tal senso parte della giurisprudenza di merito, che ha iniziato a negare i danni da vacanza rovinata ai viaggiatori *fai da te*, sulla scorta dell'eccezionalità di detto danno nei casi di pacchetti turistici ex art. 84 ss cod. cons.. Si veda in proposito CASSANO G., *cit.*, nonché ZAVATTO V., *Danno da vacanza rovinata tra danno esistenziale e danno morale. Nuovi arresti giurisprudenziali*, in *Riv. Dir. Trasp.*, n. 01/07, pag. 124 ss.. D'altro canto, altra giurisprudenza ritiene invece configurabile e risarcibile un danno da vacanza rovinata, pur se al impropriamente definito tale (ed infatti tale nomenclatura è propria della disciplina del pacchetto turistico) sulla scorta del combinato disposto degli art. 2059 c.c. e art. 2 Cost. anche in presenza di un disagio connesso ad un forte ritardo.

⁴³⁴ Giova comunque precisare che, in ogni caso, il Regolamento, all'art. 12, espressamente fa salvo il risarcimento del danno ulteriore, senza in alcun modo escludere che tale danno sia non patrimoniale.

Tuttavia, il Regolamento non disciplina, ma neppure nega, anche in caso di ritardo, la risarcibilità del danno ulteriore, rimettendo quindi la valutazioni alla legge che risulterà applicabile nel caso concreto.

Inoltre, la forfetizzazione della liquidazione del danno presuppone il riconoscimento dell'esistenza del danno stesso e, quindi, non fungerebbe da limitazione della moltiplicazione di voci di danno più o meno pretestuose, ma da mero limite quantitativo, idoneo a circoscrivere il rischio d'impresa ed a renderlo, in tal modo, facilmente assicurabile.

Da una lato la strada della quantificazione *ex ante* del danno non patrimoniale e, eventualmente, anche patrimoniale, sulla base di massime d'esperienza, avrebbe dei pregi sotto il profilo del superamento degli oneri probatori e della celerità di definizioni delle controversie, ed inoltre potrebbe essere applicabile sia in via contrattuale che delittuale. Dall'altro, però, non avrebbe il pregio di contenere lo sviluppo di nuovi voci di danno, che sarebbero solo limitati nel *quantum*, ma non certo nell'*an*.

Ma tali criteri di limitazione, invero, esistono già nel sistema della responsabilità e, in particolare, in quella della responsabilità contrattuale, ove, in base al principio di cui all'art. 1225 c.c., solo il danno prevedibile – ossia inerente l'interesse dedotto nel contratto o desumibile dalla natura dello stesso – potrà ricevere risarcimento.

Inoltre, mentre la “calmierazione” del risarcimento ha un senso in seno alla responsabilità aquiliana, in quella contrattuale, ricostruita sulla base degli interessi dedotti in contratto, avrà un suo preciso parametro nel valore economico del contratto stesso, o, meglio, nella misura della controprestazione che la parte aveva reputato di pari valore rispetto alla prestazione pretesa/attesa.

Sotto tale profilo, la dottrina che persegue una riconduzione di tutte le voci del danno da inadempimento all'interno dell'art. 1218 c.c. fornisce una soluzione che, più facilmente del sistema aquiliano, ha in sé gli strumenti per impedire indebite proliferazioni di voci di danno e consentire quantificazioni dello stesso legate all'effettivo valore dato dalle parti al rapporto.

5.3 Danno patrimoniale da ritardo. La costruzione giurisprudenziale della tutela da ritardo ai sensi dell'art. 1668 c.c. o 1461 c.c. o 1460 c.c.

Come accennato in premessa, il ritardo, originato da qualsiasi delle tre fattispecie in esame, è foriero anche di danni patrimoniali.

Orbene, già precedentemente si sottolineava come, per i voli nazionali e comunitari, nonché per gli internazionali soggetti al Regolamento 261/2004/CE, sia il diniego d'imbarco che la cancellazione del volo ricevono una forma di risarcimento, parametrato sulla lunghezza del volo e la natura del volo (intercontinentale o no). Ciò, indirettamente, individua delle fasce di prezzo del biglietto e induce a ritenere che, pur se non esplicitamente, tale "categorizzazione" delle fasce di volo ancori il risarcimento al prezzo del trasporto.

Nel ritardo puro, invece, non esistono analoghe forme di tutela comunitaria e, quindi, unico riferimento è la Convenzione di Montreal, ed i suoi limiti risarcitori.

Al contrario, nella Convenzione nulla si dice in ordine alle altre due fattispecie, per le quali, tuttavia, il Regolamento comunitario prevede la risarcibilità del danno ulteriore.

È evidente che, in tutti e tre i casi, il danno che si verificherà in capo al passeggero sarà un danno da ritardo all'arrivo⁴³⁵, cagionato, in un caso, da un inesatto adempimento, nell'altro, da un inadempimento, che il vettore ha, in parte, già risarcito in forma specifica, fornendo un volo sostitutivo e, quindi, riducendo il danno ad uno equivalente ad una inesatta prestazione.

Qualora invece si aderisse alla dottrina che ritiene che tutte e tre le fattispecie costituiscono un inesatto adempimento, non vi sarebbe poi alcun dubbio nel parificare le tutele in un'unica, risarcitoria da ritardo.

La diversa "categorizzazione" del titolo del risarcimento potrebbe incidere sull'applicazione del limite quantitativo della Convenzione di Montreal.

Ed invero, tale limite si applica alla sola fattispecie del ritardo, poiché la Convenzione non prevede le altre due. In verità, questa lacuna induce a ritenere che, comunque, le tre fattispecie vadano equiparate, sotto questo profilo. Apparirebbe, infatti, contrario alla *ratio* della Convenzione che l'inadempimento diverso dal ritardo, ma identico nelle conseguenze, sfugga ai limiti risarcitori. E del resto, nel caso di ritardo superiore alle cinque ore, in base al quale, secondo il Reg. 261/2004/CE è possibile risolvere il

⁴³⁵ MASUTTI A., *Il ritardo nel ...*, cit., pag. 256: "L'art. 949 bis stabilisce, infatti, che venga disciplinata, con le medesime conseguenze previste per il ritardo, anche l'ipotesi di mancata esecuzione della prestazione."

contratto e ripetere il prezzo, il limite risarcitorio convenzionale per il ritardo opererebbe comunque, pur trovandosi, in quel caso, effettivamente dinanzi ad un inadempimento totale. Tali riflessioni inducono pertanto a ritenere che il limite operi anche nei casi di ritardo derivato da *overbooking* e che il regime della tutela del danno debba essere considerato unico, e da ritardo, anche in caso di *overbooking* e cancellazione del volo.

Nel caso, poi, in cui il passeggero scelga di risolvere il contratto, egli avrà, ovviamente, in primo luogo, diritto alla restituzione del prezzo. E se, sotto il profilo del danno non patrimoniale, si potrà comunque parlare di danno da irritazione, da stress, conseguente all'aver dovuto mutare i propri programmi, dal punto di vista del danno patrimoniale non avrà senso parlare del minor valore della prestazione goduta, ma si potrà unicamente porre in luce un altro aspetto, costituito dall'aver perso un impegno professionale o, comunque, un'occasione di guadagno connessa ad attività da espletare nel luogo ed all'ora di destinazione.

Profilo, questo, che solleva problemi inerenti la prevedibilità di tale danno e la eventuale limitazione della risarcibilità.

Si deve concludere che il danno patrimoniale che il ritardo aereo può comportare si compone, sotto il profilo del danno emergente, sia dei costi sopportati in ragione del ritardo⁴³⁶, sia del minor valore della prestazione.

Ed invero, aver percorso una determinata tratta nel doppio del tempo previsto rende di minor pregio la qualità del trasporto, scelto solitamente (anche) in relazione alla sua celerità. In tal senso, alle volte, la lunghezza del ritardo, in relazione alla tratta, può anche far venir meno il maggior valore dell'uso del mezzo aereo rispetto al trasporto terrestre⁴³⁷. Ed ancora, il diverso orario di arrivo a destinazione può azzerare la differenza di pregio economicamente valutabile tra due voli, sulla stessa tratta, ma ad orari diversi⁴³⁸.

⁴³⁶ Pasti, alberghi in caso di pernottamento a causa del ritardo, mezzi di trasporto dall'aeroporto all'albergo, od ancora, taxi per rientrare dall'aeroporto al luogo di destinazione, avendo perduto la coincidenza con il mezzo di trasporto inizialmente previsto.

⁴³⁷ Tratte nazionali percorribili anche con un unico mezzo di trasporto terrestre vengono prescelte dal passeggero spesso solo in funzione del minor tempo di percorrenza. E il caso di percorsi quali Roma – Milano, facilmente affrontabile anche con il trasporto ferroviario, e spesso a minor prezzo, a costo di poche ore in più.

⁴³⁸ Spesso medesime tratte di trasporto aereo variano il prezzo anche in funzione dell'orario. Giungere a destinazione in piena notte, o alle prime ore del mattino può costituire un disagio e, pertanto, il costo del volo in quegli orari è inferiore rispetto ai più affollati orari "di punta". Pur tuttavia, aver pagato per un volo i orari di punta, e giungere invece a destinazione a notte fonda non può non comportare una

Un tale approccio, di tutela “sinallagmatica” piuttosto che risarcitoria, ha incontrato il favore di parte della giurisprudenza di merito, che ha applicato al ritardo nel trasporto aereo “alcune disposizioni codicistiche che garantiscono l’esatto e puntuale svolgimento della prestazione predisponendo gli strumenti necessari al ripristino del sinallagma violato”⁴³⁹.

La giurisprudenza⁴⁴⁰ ha fatto prevalentemente ricorso all’art. 1668 c.c., applicabile al contratto di trasporto, sia perché lo stesso è riconducibile al paradigma della *locatio operis*,⁴⁴¹ sia perché il codice della navigazione presenta, sul punto, delle lacune⁴⁴², che la disciplina delle fonti permette di colmare⁴⁴³ con il ricorso al codice civile ed alle norme sul contratto.

Accanto alla tutela “sinallagmatica”, poi, il passeggero potrebbe comunque esperire la tutela risarcitoria, vuoi per il danno emergente, quali i costi sopportati per far fronte al ritardo, vuoi per il lucro cessante, come prima descritto.⁴⁴⁴

Altra giurisprudenza, ed altra dottrina, hanno invece ricondotto la tutela “sinallagmatica” nel ritardo del trasporto aereo alla norma codicistica di cui all’art. 1464 c.c., e anche all’art. 1460 c.c..

Nel primo caso, si è fatto ricorso alla dottrina che parifica la parziale impossibilità sopravvenuta alla difettosa prestazione che incide sul valore economico (qualitativo) della stessa, e che ritiene l’art. 1464 c.c. applicabile anche ai casi di impossibilità colposa del debitore.

La seconda ricostruzione, invece, si rifà alla considerazione dottrinarina secondo cui l’eccezione di inadempimento può essere spiegata anche su una sola parte del rapporto e, estensivamente, anche su un inesatto adempimento.

Tutte codeste ricostruzioni, tuttavia, incontrano un limite nella difficoltà di quantificare il minor valore del servizio di trasporto, in sé e per sé, al di là dei danni che

diminuzione di fatto del valore del mio volo: decremento già valutato dal vettore al momento stesso della tariffazione.

⁴³⁹ GIACOBBE S., *La responsabilità del vettore ...*, cit., pag. 145

⁴⁴⁰ Giudice di Pace di Sassari del 04.11.1998 in *Giur.it.*, 2000, I, pag. 316 ss. con nota di CAREDDA V., *Adempimento ritardato e riduzione della controprestazione*

⁴⁴¹ Sul punto, in senso favorevole ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persona*, Padova, 1915; JANNUZZI, *Del trasporto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA – BRANCA, Bologna, 1970; ROMANELLI G., *Il trasporto*, in *Encl. ...*, cit.; ROMANELLI G., *Il trasporto aereo di persone. ...* cit.

⁴⁴² BUSTI S., *Il contratto ...*, cit., pag. 637 ss.

⁴⁴³ Al contrario MASALA, *Ritardo: rimborso del prezzo al di là del risarcimento?*, in *Dir. Trasp.*, 1999, pag. 293 sostiene che l’art. 1668 c.c. rappresenta una forma di risarcimento e, quindi, non possa applicarsi, atteso che il risarcimento da ritardo è espressamente regolato sia dal codice della navigazione, sia dal sistema internazionale uniforme.

⁴⁴⁴ BUSTI S., *Il contratto ...*, cit., pag. 637. Di contrario avviso, MASALA, come citata alla nota precedente

il ritardo possa aver cagionato, ma solo, appunto, avendo riguardo al minor pregio della prestazione.

Ed invero, è stato osservato che detta valutazione appare facilmente compabile in casi in cui esiste un altro sistema di trasporto, ben fungibile a quello aereo, e che rispetto ad esso ha come differenza proprio la celerità⁴⁴⁵; ma diventa pressoché impossibile nei casi in cui nulla può sostituire il volo aereo, come, ad esempio, in una tratta intercontinentale.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di confrontare il servizio di trasporto aereo con altri, di maggior durata, vuoi a causa degli scali, vuoi a causa della vetustà dell'aeromobile, oppure con aeromobili aventi orario d'arrivo pari a quello dell'aereo ritardato (disagevole perché notturno o simili). In breve, una via per la parametrizzazione del minor valore potrebbe esser ricercata non in relazione ad altre forme di trasporto, ma all'interno del medesimo *plafond* di servizi offerti dal vettore aereo e dai suoi concorrenti.

5.4 prevedibilità del danno e dolo

Il risarcimento del danno è circoscritto dal principio di causalità diretta ed immediata (art. 1223 c.c.), dal principio dell'evitabilità (art. 1227 c.c.) e da quello della prevedibilità⁴⁴⁶ (art. 1225 c.c.), operante, secondo dottrina e giurisprudenza maggioritarie, unicamente nel campo della responsabilità contrattuale.⁴⁴⁷

Il criterio della prevedibilità, poi, assume maggior o minor peso a seconda dell'ambito applicativo che si assegna alla norma, con la conseguenza di arrivare a negare il risarcimento o a contenerlo quantitativamente molto al di sotto del reale danno cagionato.

Ed invero, primo problema interpretativo dell'art. 1225 c.c. attiene alla sua sovrapponibilità, o meno, con la causalità ex art. 1223 c.c.. La questione è

⁴⁴⁵ GIACOBBE S., *La responsabilità...*, cit., pag. 149

⁴⁴⁶ Per una ricostruzione storica del principio di prevedibilità, si veda PINORI A. – PETRELLI P., *Il criterio della prevedibilità del danno contrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI G., Giuffrè. Sulla prevedibilità vedi anche SMORTO G., cit., pag.101 ss

⁴⁴⁷ Dottrina e giurisprudenza maggioritaria sono di tale avviso. Si veda tra le tante Cass. N. 2069 del 05.07.55, Cass. S.U. n. 305 del 03.02.1967 e, in epoca più recente Cass. N. 7214 del 05.08.1997. Di diverso avviso Visintini e Lupoi, che invece riconducono anche l'art. 1225 c.c. in entrambi i rami della responsabilità civile. Si veda per la bibliografia in proposito PINORI A. – PETRELLI P., *Il criterio della prevedibilità del danno contrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI G., Giuffrè

ulteriormente complicata da una certa indifferenza con cui la giurisprudenza ha applicato la norma, tendendo ad ignorarne i risvolti concreti.

Si è così sviluppato un indirizzo interpretativo che appiattisce il principio di prevedibilità su quello di causalità, ritenendo che, laddove il danno sia consequenziale e diretto, sia anche prevedibile.⁴⁴⁸

Solo successivamente, Cassazione⁴⁴⁹, prima, e Corti di merito, poi, si sono soffermate sull'effettiva diversità della norma in esame rispetto al semplice principio di causalità, già disciplinato dall'art. 1223 c.c. e, con più attenta analisi del dettato normativo, hanno sottolineato come la prevedibilità è giudizio successivo a quello di causalità, ed ontologicamente diverso da quest'ultimo, poiché si sostanzia in una prognosi postuma, al contrario dello *scrimen* dell'art. 1223 c.c., che è una postvisione.⁴⁵⁰

Ed infatti, solo dopo aver individuato i danni diretti e conseguenti, secondo le regole della causalità (c.d. "adeguata", all'epoca della giurisprudenza in esame, ormai "scientifica", in base alle più recenti dottrine⁴⁵¹) si può operare la selezione di quei danni, tutti potenzialmente risarcibili, ma non tutti previsti o prevedibili, ossia non afferenti ad interessi esplicitamente dedotti nel contratto o ad esso riconducibili secondo il discernimento dell'uomo medio in una astratta situazione media⁴⁵².

Applicare tale concetto pone, poi, ulteriori dubbi: se sia il nesso causale a dover essere prevedibile o se, al di là di esso, il giudizio debba appuntarsi anche sul *quantum*. Senza soffermarsi sulla dottrina minoritaria, che volle il giudizio ex art. 1225 c.c. appuntarsi sull'evento⁴⁵³ e non sul danno, la questione sopra esposta venne risolta con tre distinte soluzioni interpretative.

⁴⁴⁸ Cass. n. 4236 del 19.07.82 in *Foro it.*, 1982

⁴⁴⁹ Si veda, in particolare Cass. 2555 del 26.05.1989 con nota di VALCAVI G., *Sulla prevedibilità del danno da inadempienza colposa contrattuale*, in *Foro it.*, 1990, I, 1946

⁴⁵⁰ "anche la natura intrinseca dei due giudizi è assolutamente diversa. La causalità mette capo ad una postvisione o giudizio a posteriori, con riguardo all'inadempienza, mentre la prevedibilità si concreta in un giudizio di prognosi postuma, con riguardo la tempo della formazione del contratto. La previsione a sua volta si distingue dalla prevedibilità perché la prima è una prognosi *a priori*, mentre la seconda è una prognosi postuma." VALCAVI G., *Sulla prevedibilità...*, *cit*

⁴⁵¹ Si veda, sul punto, la ricostruzione in MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 1992, pag.173 ss

⁴⁵² "nella misura della prevedibilità astratta inerente ad una categoria di rapporti secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute" Cass. N. 11189 del 15.05.2007 si veda anche SANTOLINI D., *Inadempimento e risarcimento del danno prevedibile ex art. 1225 c.c.*, in *I Contratti*, 2007, pag. 1023 ss.

⁴⁵³ Citata da VALCAVI, nella già menzionata nota a sentenza *Sulla prevedibilità...*, *cit*.

Da un lato, la giurisprudenza più risalente⁴⁵⁴ e la dottrina⁴⁵⁵ volte ad appuntare la prognosi di prevedibilità alla sola causa; successivamente, la teoria che volle applicare l'art. 1225 c.c. a tutta la serie causale⁴⁵⁶ ed infine, suffragata dalla giurisprudenza più recente⁴⁵⁷, la teoria della prevedibilità del *quantum*.⁴⁵⁸

Tale ultima dottrina, ad oggi maggioritaria⁴⁵⁹, deduce nel giudizio di prevedibilità non solo il nesso tra inadempimento e danno, ma anche, appunto, l'ammontare del danno. Proprio sotto il profilo della quantificazione, e della ponderazione del *quantum* in base al prevedibile, prese forza il dibattito circa il tempo del giudizio di prevedibilità.

Difatti, se nel codice del 1865 l'elemento temporale della valutazione era espressamente ancorato alla conclusione del contratto, la formulazione del codice del 1942 apre all'interpretazione, accolta in giurisprudenza, che vuole detto momento spostato a quello della scelta tra inadempimento ed adempimento e, quindi, al momento dell'esigibilità della prestazione⁴⁶⁰.

Date queste premesse, al danno da ritardo nel trasporto aereo, risarcito in via contrattuale si deve applicare questo *scrimen* prognostico, onde verificare quali danni e in quale misura possano effettivamente essere risarciti.

Sotto il profilo non patrimoniale, allora – e ferme restando le considerazioni precedenti – bisognerà risarcire non tutti i danni da stress e irritazione, e non un disagio specifico, dato dall'aver perduto del tempo e la possibilità di utilizzarlo come programmato, ma quelli prevedibili, ossia quelli che un uomo medio riporterebbe, secondo l'apprezzamento normale⁴⁶¹.

Stesso *scrimen* va applicato anche al danno patrimoniale, e, pertanto, l'impegno professionale particolarmente importante ed irripetibile, o la partecipazione al

⁴⁵⁴ Cass. N. 2510 del 14.09.63 in *Foro it.*, 1963, I, 2099

⁴⁵⁵ Su tutti CHIRONI, *Colpa contrattuale*, Torino, 1887

⁴⁵⁶ BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno, ai fini dell'art. 1225 c.c.*, in *Riv. Dir. comm.*, 1954, II, pag. 362

⁴⁵⁷ Cass. N. 2555 del 1989 nonché Cass. N. 5778 del 21.05.93

⁴⁵⁸ GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze 1903

⁴⁵⁹ Si veda SANTOLINI D., *Inadempimento e ris...*, cit.

⁴⁶⁰ Dopo le incertezze delle pronunce più risalenti (si veda in specie Cass. N. 2510 del 14.09.63), di recente la Cassazione è tornata in argomento, con la sentenza n. 1956 del 30.01.2007 in *I Contratti*, 2007, pag. 875 ss., statuendo che il giudizio di prevedibilità deve essere svolto nel momento in cui ciascuna parte si appresta ad eseguire la propria obbligazione.

⁴⁶¹ Sotto il profilo dello stress, ad esempio, non sembra poter essere prevedibile l'attacco di panico dovuto al ritardo inatteso, da parte di un soggetto psicologicamente sofferente o la patologia cardiaca che si esacerba a causa del ritardo che impedisce di partecipare ai festeggiamenti del Natale con i familiari. Sarà invece prevedibile quella normale irritazione, o quella normale frustrazione, per la cerimonia perduta o per le ore di noia in un aeroporto. Si veda in proposito DELLA CASA M., *Bianco Natale...ma in aeroporto: la tutela del passeggero tra danno esistenziale e rimedi sinallagmatici*, in *Danno e resp.*, n.03/03

concorso tanto atteso, con perdita di possibilità di guadagno, nel secondo caso, addirittura, di prospettiva di stabile lavoro, causano senza dubbio dei danni patrimoniali direttamente connessi con l'inadempimento, ma per lo più imprevedibili, perché esulanti dal normale impegno che un uomo medio deve assolvere con una trasferta di lavoro.⁴⁶²

La norma in esame, tuttavia, permette il risarcimento senza limiti dei danni direttamente conseguenti all'inadempimento, quando esso è caratterizzato da dolo.

E pertanto, l'inadempiente doloso perderà la tutela della limitazione dell'area risarcibile, e sarà onerato dell'integrale risarcimento dei danni conseguenti alla propria condotta.

Tuttavia, la delimitazione dei danni risarcendi subisce notevole variazione a seconda della definizione di dolo che si voglia adottare.

Ed invero, se intendere per dolo la rappresentazione consapevole *tout court* dell'inadempimento finirebbe con l'espandere l'esonero dei limiti a pressoché tutti gli inadempimenti, d'altro canto, interpretare il dolo come specifico, o, meglio, come dolo di danno, ossia come volizione non solo del proprio inadempimento, ma anche del danno conseguente, intenzionalmente scelto e perseguito, finirebbe per ridurre a poca cosa la previsione della seconda parte dell'art. 1225 c.c.

In particolare, nel trasporto aereo di persone e, nello specifico, nelle tre fattispecie in esame, gli inadempimenti del vettore sono sempre e comunque finalizzati ad una propria ottimizzazione delle risorse e dei guadagni, e non certo al danneggiamento dei passeggeri.

L'interpretazione ad oggi condivisa dalla maggior parte di dottrina e giurisprudenza⁴⁶³ media tra queste due posizioni, e parla di un dolo generico, consistente nella

⁴⁶² GIACOBBE S., *La responsabilità del vettore...*, cit., pag. 140 nota 121: "ciò avverrà quando il motivo del viaggio sia stato espressamente dedotto in contratto oppure quando la persona trasportata sia un personaggio famoso che debba presenziare ad un evento cui sia stato dato ampio risalto pubblicitario, o più in generale, in tutti i casi in cui il pregiudizio che potrebbe derivare dal ritardo sia prevedibile in relazione allo specifico contesto in cui deve svolgersi il trasporto. La risarcibilità del danno subito dal passeggero per la perdita dell'appuntamento importante, negato dalla maggior parte della dottrina in virtù della regola, presente nella maggior parte degli ordinamenti giuridici, che nega la risarcibilità del danno non prevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione, è stata riconosciuta dalla giurisprudenza nel caso *R. Houdin c/ Panair do Brasil*, in *R.G.A.* 1961, 283, in cui al danneggiato venne liquidato oltre al risarcimento per le spese sostenute a causa del ritardo, anche il mancato guadagno per non aver potuto dirigere lo spettacolo dallo stesso ideato"

⁴⁶³ BARENGHI A., *art. 1225cc*, in *Codice Civile*, a cura di RESCIGNO P., Giuffrè, 1992, pag. 1226: "il dolo del debitore consiste nel volontario inadempimento (Cass. N. 5566 del 30.10.1984) e va riscontrato nella sequenza causale tra attività del debitore e mancata soddisfazione del creditore, essendo sufficiente l'intenzionalità dell'inadempimento, senza che occorra anche la consapevolezza del danno (Cass 25 mar

“consapevolezza del contraente di non adempiere ad un’obbligazione contrattuale, unita alla volontà di restare inadempiente (interpretazione che circoscrive un’area di concreta ed autonoma operatività della previsione codicistica)”⁴⁶⁴.

Una tale definizione non sgombra il campo dalle difficoltà legate all’incertezza dei confini tra dolo e colpa⁴⁶⁵ e, più in particolare dai dubbi sollevati dalla categoria del dolo eventuale.

Ed invero, le due categorie, di matrice penalistica, debbono incontrare applicazione anche nelle fattispecie civilistiche, e trovano distinzione proprio in quella “accettazione del rischio” d’integrare una condotta illecita, o meglio, in ambito contrattuale, inadempiente.

Se infatti il dolo nell’inadempimento contrattuale non deve essere inteso come dolo di danno, ma di condotta, si potrà parlare di colpa con previsione laddove il debitore scelga un determinato comportamento, consapevole che potrà portare ad un inadempimento, eppur non accettando il rischio.

“E’ invero plausibile che l’inadempiente sia consapevole della contrarietà del suo comportamento rispetto al diritto e tuttavia l’inadempienza può essere, in vario modo, giustificata, com’è il caso, ad esempio, di chi si trovi nell’impossibilità anche se quest’ultima fosse colpevole”⁴⁶⁶.

Al contrario, ci si troverà in una situazione di dolo eventuale, laddove il rischio d’inadempimento sia accettato, ossia si abbia consapevolezza della sua probabilità e si scelga comunque di (rischiare di) restare inadempienti.

L’inadempimento (od inesatto adempimento) nel trasporto aereo di persone, nelle tre fattispecie in esame, parrebbe, in verità, collocarsi tutto su codesto confine, tra colpa con previsione e dolo eventuale, poiché il mancato o tardato trasporto non importa una rappresentazione dell’inadempimento ed una scelta consapevole di rimanere

1987/2899; necessaria invece per Bianca, *Dell’inadempimento delle obbligazioni* (artt. 1218 – 1229), in *Commentario*, a cura di Scialoja – Branca, p. 375)”

⁴⁶⁴ SANTOLINI D., *Inadempimento e risarcimento del danno prevedibile ex art. 1225 c.c.*, in *I Contratti*, 2007, pag. 1028

⁴⁶⁵ VALCAVI G., *Sulla prevedibilità...*, *cit.*: “è comunemente ritenuto in dottrina che la colpa lata o con previsione dell’evento non debba parificarsi al dolo; si che anche in tal caso deve rispettarsi il limite del prevedibile. Se non ché la direttiva viene messa in gran parte in nulla dagli incerti confini tra dolo e colpa nell’inadempimento contrattuale. Ciò appare evidente laddove l’inadempimento doloso viene intesa come quella che è accompagnata dalla consapevolezza della sua illiceità. Il dolo così descritto non sembra differenziarsi in modo apprezzabile dalla colpa lata o con previsione delle conseguenze dannose, sino a lasciar percepire l’assenza di una precisa demarcazione tra colpa e dolo. La coscienza dell’illiceità opera infatti sul piano della rappresentazione e non propriamente della volontà”.

⁴⁶⁶ VALCAVI G., *Sulla prevedibilità ...*, *cit.*

inadempienti, ma parrebbe fondarsi sempre su un rischio e su una sua – più o meno consapevole – accettazione.

Nel diniego d'imbarco, in particolare in quello causato da *overbooking*, infatti, appare con forza l'aspetto di previsione così come descritto.

Il vettore, attraverso calcoli statistici, sceglie deliberatamente di vendere biglietti (o prenotarli) in sovrannumero, ben consapevole che tale sua condotta potrebbe condurlo all'inadempimento, al momento dell'imbarco. Il diniego d'imbarco, a quel punto, non è voluto, poiché il vettore si trova in una situazione di effettiva impossibilità ad adempiere, cagionato però dalla sua stessa condotta.

Orbene, se si ritenesse che il vettore non ha in alcun modo accettato il rischio⁴⁶⁷, poiché agiva sulla base di calcoli probabilistici altamente affidabili, si dovrebbe qualificare l'inadempimento da diniego d'imbarco come colposo, seppur la colpa sia con previsione e, quindi, grave.

E poiché dottrina e giurisprudenza maggioritarie escludono che la seconda parte dell'art. 1225 c.c. possa applicarsi anche alla colpa cosciente, in virtù, innanzitutto, del dato letterale, il danno cagionato dall'*overbooking* resterebbe risarcibile nella misura del prevedibile.

Al contrario, parte della giurisprudenza⁴⁶⁸ si è soffermata a riflettere sul fatto che la sovra prenotazione è effettuata sì in base a calcoli statistici affidabili, ma che detti calcoli forniscono al vettore una contezza di una possibilità di inadempimento, non tanto remota, quanto minimale sotto il profilo del numero di persone a rischio di diniego d'imbarco e che, pertanto, la scelta del vettore opera proprio su un giudizio di economicità, ponendosi un tetto massimo di persone nei cui confronti essere inadempiente, entro il quale, comunque, il risarcimento eventuale resti assorbito nel vantaggio economico della sovra prenotazione⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ In tal senso DI GIANDOMENICO G., *overbooking e dolo eventuale*, in *Dir, Trasp.*, 2007, pag. 558 ss ed in particolare, 563: “pertanto, l'adozione di tale precauzione è idonea a radicare il convincimento che l'illecito non si realizzerà, altrimenti, si ripete, non si capirebbe la ragione di ricorrere a tale prassi. Di conseguenza, è difficile sostenere che il vettore voglia l'inadempimento, anche solo in via eventuale, dato che l'inadempimento è psicologicamente escluso dall'adozione della prassi che altrimenti non avrebbe ragione d'essere”

⁴⁶⁸ Giudice di Pace di Cagliari del 25.03.2005 in *Dir. Trasp.*, 2007, pag.555: “il dolo può altresì essere eventuale o indiretto, quando la volontà non si dirige direttamente verso l'evento, ma l'agente lo accetta quale conseguenza accessoria della propria condotta”

⁴⁶⁹ Un tale modo di agire ben si attaglierebbe a quella definizione di dolo eventuale citata nel medesimo articolo di DI GIANDOMENICO G., *overbooking...*, *cit.*, pag. 562: “si configurerebbe dolo eventuale se il rischio è accettato non per pura avventatezza, leggerezza, trascuratezza, indolenza, ma a seguito di un bilanciamento, di una ponderata valutazione degli interessi in gioco, quale prezzo del raggiungimento di

Sotto tale luce, allora, il vettore utilizza l'*overbooking* non tanto perché si profila il rischio di diniego d'imbarco come remoto ed improbabile, ma perché compensa il rischio con il vantaggio economico immediato, e, quindi, accetta detto rischio nella misura in cui rimane compensato dal guadagno.

Giurisprudenza recente, così ragionando, ha ricondotto un tale *modus operandi* all'interno del dolo eventuale e, quindi, ha ritenuto non operante il limite della prevedibilità del danno, in ragione del profilo soggettivo dell'inadempiente⁴⁷⁰.

Se questa operazione interpretativa è possibile nella fattispecie del diniego d'imbarco, in specie quello da *overbooking*, meno agevole appare applicare questi criteri ai casi di cancellazione del volo e ritardo.

Anche per tali fattispecie, però, parrebbe utile ripercorrere le valutazioni economiche o tecniche poste alla base della scelta vettoriale.

All'inizio della presente disamina, infatti, si rifletteva su come il vettore aereo operi ritardi e cancellazioni non solo per motivi tecnici non evitabili – che, invero, importerebbero un'elisione della responsabilità, sia sotto il profilo dell'impossibilità sopravvenuta, per espressa disposizione della Convenzione di Montreal – ma, più spesso, per motivi commerciali e di *yield management* o per avarie cagionate da inidonea manutenzione (motivata dalla volontà di ridurre i costi e/o i tempi di fermo del veivolo).

Tutti codesti casi parrebbero collocarsi, come poc'anzi accennato, su quella linea di confine tra colpa e dolo anche se, probabilmente, più tendenti alla colpa cosciente.

Se ne desume che, probabilmente, nel caso specifico del ritardo nel trasporto aereo di persone, ed al di fuori di quello causato dal diniego d'imbarco, non è possibile adottare una regola generale, ma è necessario operare *on a case by case basis*, così come concluso

uno specifico risultato, intenzionalmente perseguito, cui l'agente ha consapevolmente, deliberatamente ritenuto che valesse la pena di sacrificare altro bene, associando mentalmente, secondo un criterio di carattere economicistico, l'eventuale sacrificio al risultato desiderato". L'A. si rifà a questa definizione, ad alle considerazioni sopra riportate, proprio per concludere che l'evento *overbooking* "sia frutto di trascuratezza o eccessiva leggerezza nell'affidamento del vettore al calcolo statistico". Pur tuttavia, tale affermazione, confrontata con le precedenti e condivisibili osservazioni in ordine alla "sempre maggiore precisione ed attendibilità delle previsioni effettuate dallo *yield management* dei vettori sulla scorta di dati storico-statistici e complessi calcoli probabilistici sempre più affidabili" (ibidem pag. 564) appare distonica, atteso che parrebbe che da un lato si escluda il dolo per l'inesistenza di un rischio, stante la precisione delle previsioni, tali da non far ritenere plausibile un errore, e dall'altro si giustifichi il verificarsi dell'inadempimento con la trascuratezza e negligenza nell'effettuare quei medesimi conteggi.

⁴⁷⁰ Contro una tale estensione dell'area del risarcibile si è schierata parte della dottrina, favorevole ad una visione del diritto in chiave economica, laddove si vede nell'aumentare dei risarcimenti, e nella loro incerta quantificazione *a priori* i rischi di una ricaduta economica in termini di prezzi dei biglietti. Sul punto si veda IZZI B., *La tutela della persona...*, cit.

dalla Commissione Europea nel proprio documento di revisione dell'applicazione del regolamento 261/2004/CE.

5.5 limitazioni quantitative di responsabilità e art. 22 Conv. Montreal: dolo e *wilfull misconduct*

Accanto ai limiti risarcitori propri del nostro diritto interno, il danno da ritardo deve poi essere analizzato alla luce del sistema internazionale uniforme, in cui si rinvencono ulteriori limiti, meramente quantitativi.

Ed invero, così come per i danni alla persona⁴⁷¹ e alle cose trasportate, anche al danno da ritardo è assegnato un limite massimo di risarcimento, nella misura di 4.150 DPS⁴⁷². La limitazione di debito prevista dalla Convenzione di Montreal, peraltro, inserita in un contesto di limiti che ha emendato i problemi di costituzionalità sollevati dalla nostra Corte nazionale, tutelando in pienezza i valori costituzionalmente protetti⁴⁷³, rende possibile, anche per il danno da ritardo, la sua introduzione in un sistema di responsabilità assicurata.

Pur tuttavia, unico tra tutti i danni previsti e risarciti dal diritto internazionale uniforme del trasporto aereo, il Regolamento 785/2004/CE⁴⁷⁴ esclude dal sistema di

⁴⁷¹ Invero, secondo il Reg. 889/2002/CE il danno da ritardo nel trasporto di persone è qualificato come danno alla persona. La Convenzione di Montreal, però, rispondendo ad esigenze di maggiore chiarezza ed utilità del limite, avvertite dalla dottrina, ha colmato la lacuna della Convenzione di Varsavia prevedendo un limite *ad hoc* per il solo ritardo. Ciò ha conciso con il recepimento, da parte della nuova convenzione, di quelle istanze di differenziazione, nella limitazione del *quantum*, tra danni a beni costituzionalmente tutelati (vita, salute ed integrità fisica) e beni non garantiti dalla norma superiore.

⁴⁷² Per una disamina del sistema di aggiornamento dei DPS si veda GUERRIERO F., *La revisione dei limiti*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo*, a cura di Tullio L., pag.223

⁴⁷³ Si veda sul punto PONZANELLI G., *limiti di responsabilità, analisi economica del diritto e giudizio di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1992, I, 643 e ZAMPONE A., *La limitazione del debito del vettore*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo*, a cura di TULLIO L., ed in particolare pag. 217-222

⁴⁷⁴ MASUTTI A., *Il ritardo nel trasporto aereo. Prevenzione e responsabilità*, Giappichelli, 2008, pag. 236: "L'opportunità di stabilire i requisiti assicurativi minimi per i vettori aerei comunitari è, quindi, frutto del venir meno della distinzione tra trasporto nazionale ed internazionale nel mercato dell'aviazione, allo scopo di contribuire al conseguimento degli obiettivi del mercato interno del trasporto aereo. In occasione dell'emanazione del Regolamento in esame, e dell'attribuzione di regole comuni anche con riguardo agli obblighi assicurativi, non si è mancato di ribadire come l'azione comunitaria nel settore privatistico concorra a ridurre le distorsioni di concorrenza nel mercato del trasporto aereo. E piuttosto evidente che analoghi effetti ben difficilmente possono essere realizzati dagli Stati membri, mentre possono essere più agevolmente conseguiti grazie all'intervento della Comunità, in base al principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 del trattato di Roma."

Sul ruolo del diritto privato europeo si vedano anche le considerazioni critiche di MICKLITZ H.W., *The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, EUI Working Paper, n. 14/2008, European University Institute. Department of Law.

assicurazione obbligatoria propria il danno da ritardo, con evidente distonia nel sistema, e con alcune conseguenze sul piano risarcitorio.

Il limite previsto non è insuperabile. Difatti, qualora il vettore agisca con dolo o con condotta temeraria e consapevole, detti limiti perdono efficacia, e il debitore risponde per l'intero danno dimostrabile.

Per il nostro diritto interno, quindi, la valutazione dell'elemento soggettivo del debitore assume un doppia valenza; da un lato, per superare il limite della prevedibilità, dall'altro per liberare il risarcimento dalle previsioni di tetti massimi quantitativi.

Se la norma internazionale avesse contenuto la sola espressione "dolo", il dibattito sarebbe stato probabilmente meno complesso. Al contrario, l'art. 25 Convenzione di Montreal parla espressamente di una condotta temeraria, ben distinta dal dolo, e che viene ricondotta dalla dottrina nell'area della c.d. "semintenzionalità".

Il concetto, mutuato dal diritto anglosassone, non è però presente, in questi termini, nel nostro ordinamento⁴⁷⁵, dove si deve scontrare/sposare con l'area di confine tra dolo e colpa, ossia con la colpa cosciente ed il dolo eventuale.

Inquadrare la *wilfull misconduct* nell'una o nell'altra categoria comporta la sua coincidenza, o no, con la previsione di cui all'art. 1225 c.c.

Conclusioni

L'analisi sin qui condotta ha tentato di muoversi seguendo un filo logico, che potrebbe essere riassunto nel trinomio: rischio, scelta e concorrenza.

Il rischio d'impresa del vettore: rischio di mal allocare i posti, di mal distribuire il *timetable*, di non ottimizzare lo *yield management*, da un lato, e rischio di inadempimento, dall'altro; il rischio di scelta⁴⁷⁶ per il passeggero o, meglio, la privazione del passeggero del suo potere di scelta e, quindi, del suo diritto di rischiare: ad esempio, tra prezzo inferiore e possibilità di non venire imbarcato.

⁴⁷⁵ ZAMPONE A., *La condotta temeraria e consapevole nel diritto uniforme dei trasporti (ipotesi di illecito tra dolo e colpa)*, CEDAM, 1999, pag. 179: "l'accertamento dell'elemento volitivo e dell'elemento intellettuale caratterizzano la fattispecie di quegli elementi di intenzionalità che sono completamente estranei alla sfera della colpa e che la pongono, come criterio di imputazione del tutto autonomo, in un'area intermedia che è risultata finora inesplorata dall'esperienza italiana dell'illecito civile".

⁴⁷⁶ IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 1998

Le variabili emerse nella disamina sono, per il vettore, la scelta tra l'uno e l'altro rischio; per il passeggero, la possibilità di tramutarsi da spettatore inerme delle scelte vettoriali a partecipante di quel meccanismo di rischio e scelta che è il motore e la base del mercato concorrenziale.⁴⁷⁷

Proprio la concorrenza è altro elemento essenziale, infatti, del filo logico che la presente disamina ha provato a perseguire: il ruolo di essa non solo nel campo del prezzo, ma anche in quello delle clausole del contratto.

Nella fattispecie dell'*overbooking* è evidente il rapporto tra rischio d'impresa e rischio di scelta del consumatore. La scelta del vettore tra rischio di inadempimento e rischio di non ottimizzazione è affidata alla scienza statistica; invece, quella dell'utente è impedita e, in tal modo, la pratica dell'*overbooking* è esclusa dal novero delle variabili su cui si esercita la concorrenza.

La pratica in sé e per sé è stata da più parti considerata come ineliminabile, Pareto-efficiente, giustificabile e, secondo taluna dottrina⁴⁷⁸, liceizzata dal Regolamento 261/2004/CE.

La presente disamina, pur non ritenendo che l'*overbooking* (ed il diniego d'imbarco in genere) possa ritenersi lecito, non può non notare le ragioni che spingono la dottrina maggioritaria a considerare la suddetta pratica come necessaria. Ma codesta necessità deve essere bilanciata, non tanto e non solo attraverso il risarcimento del danno cagionato al passeggero, ma attraverso la possibilità, per l'utente, di conoscere e, quindi, di scegliere se e a quale prezzo accettare una prestazione di valore inferiore, come è quella del trasporto soggetto a diniego d'imbarco.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ IRTI N., *cit.*, pag. 141: "Il regime giuridico delle informazioni costituisce fondamento, insieme, di responsabilità dell'impresa, che le rifiuti o le alteri, e di auto-responsabilità del consumatore, consapevole artefice di una scelta di cui si accolla l'intero rischio. Al rischio d'impresa – già sopra si accennò – corrisponde il rischio di scelta, compiuta dal consumatore, il quale, proprio in virtù dell'acquisita consapevolezza, non può trasferire ad altri le incognite della sua propria decisione. Il diritto, regolatore delle procedure di concorrenza, si volge a garantire il flusso delle informazioni, non già a proteggere dal rischio. Qui non è un problema di tutelare la debolezza della parte, ma di assicurare tale quantità di informazioni, che il consumatore, fatto consapevole delle caratteristiche dei singoli beni, ne compia la scelta e assumo il rischio correlativo"

⁴⁷⁸ Vedi il già citato contributo di MAGGIOLO

⁴⁷⁹ IRTI N., *cit.*, pag. 101: "Superata o abbandonata la teoria funzionale dell'impresa, il diritto del mercato si presenta (per usare un'efficace metafora di von Hayek) come disciplina della viabilità, e non come disciplina delle destinazioni: esso non prescrive né controlla gli scopi, ma ne regola forme e modalità (...). Il prezzo non è, nei singoli casi, né giusto né ingiusto: esso semplicemente è, quale si determina nel libero gioco delle forze economiche e nell'incontro tra la domanda e l'offerta. *La giustizia del prezzo è nella legalità della sua formazione*: in ciò, che venditori e compratori abbiano osservato le regole della gara. Il mercato – osserva Luigi Einaudi – <<non afferma che un prezzo sia più giusto dell'altro; ma dice semplicemente: quello è il prezzo>>"

L'informazione circa l'esistenza della pratica è sanzionabile, laddove il passeggero sia considerato consumatore, attraverso l'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e, in caso contrario, con l'applicazione delle norme interne inerenti i vizi della volontà, in specie il dolo incidente, ed il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, riconosciuta anche in caso di successivo adempimento. Interpretando in tal senso le norme si potrebbe ottenere un effetto dissuasivo sul vettore, dal compiere l'omissione informativa circa l'uso della pratica. In tal caso, infatti, il rischio connesso all'inadempimento sarebbe aggravato vuoi dalle sanzioni ex art. 18 ss. cod. cons., vuoi dal risarcimento per responsabilità precontrattuale. Per contro, la pratica dell'*overbooking*, ove venisse dedotta nel contratto, inciderebbe sul contenuto della prestazione vettoriale e, quindi, diverrebbe elemento di scelta e pertanto, di concorrenza tra gli operatori del mercato.

I dubbi che una tale prospettiva suscita sono, in primo luogo, legati all'effettiva capacità del mercato aereo di sviluppare concorrenza su questo specifico aspetto. E difatti, l'analisi delle condizioni generali di trasporto, condotta limitatamente alle clausole inerenti le tre fattispecie in oggetto, ha dimostrato come gli operatori di questo mercato tendano a limitare la concorrenza all'ambito del prezzo, rifiutando la competizione sul contratto, ma adeguandosi pedissequamente alle clausole "suggerite" dalla IATA.

Pur tuttavia è necessario ricordare che il mercato del trasporto aereo è *deregulated* da non molto tempo, e che i meccanismi della concorrenza forse possono/debbono essere implementati attraverso la vigilanza delle Autorità⁴⁸⁰ a ciò preposte, ed in specie, della Commissione Europea, sicuramente soggetto più prossimo ed efficace, secondo il principio di sussidiarietà.

Le considerazioni sin qui svolte riconducono alla riflessione iniziale sul rapporto tra rischio d'impresa, rischio di scelta e concorrenza. Se si rende gravoso per il vettore il preferire il rischio di inadempimento lo si spinge ad una condotta "virtuosa" che, nel caso dell'*overbooking*, può consistere nell'immettere nel gioco della concorrenza anche questa variabile e, in generale, può consistere nel tenere una condotta improntata a diligenza nell'esecuzione della prestazione di trasporto.

E difatti, per dissuadere dall'uso dell'*overbooking* e, in genere, degli ingiustificati dinieghi d'imbarco, il Regolamento 261/2004/CE inasprisce le conseguenze sfavorevoli al

⁴⁸⁰ ZENO ZENCOVICH V., *Le nuove condizioni generali...*, cit.

debitore, aumentando la tutela del passeggero non solo sul piano quantitativo, ma sul piano della celerità ed effettività del risarcimento.

Difatti, la forfaitizzazione dell'indennizzo – che pur lascia spazio al perseguimento giurisdizionale del danno ulteriore – rende celere e semplificato il risarcimento, senza bisogno, in effetti, di provare il danno e la sua quantificazione.

La tutela del passeggero diventa così mezzo per la regolazione del mercato, mostrando con evidenza le connessioni tra tutela del consumatore e tutela della concorrenza.⁴⁸¹

Appare invece di ostacolo la lentezza e la mancata armonizzazione del percorso giurisdizionale della tutela individuale, laddove il vettore si renda inottemperante ai dettami del Regolamento 261/2004/CE.

Invero, gli ONA, la cui struttura e le cui modalità di intervento non sono state definite dal legislatore comunitario, ma demandate ai singoli ordinamenti nazionali, nella maggior parte dei casi non esercitano una funzione di “risoluzione delle controversie”, ma solo di sanzionamento in via amministrativa, ed il recente Regolamento n. 861/07 sulla procedura di definizione delle c.d. *small claims* ha ambito operativo limitato alle sole controversie transfrontaliere.

Maggiori problemi si delineano, invece, in ordine alla fattispecie del ritardo, non chiaramente disciplinata dal sistema di Montreal-Varsavia e negletta dal Regolamento 261/04/CE, che si limita a preoccuparsi di mere forme di assistenza.

Infatti, come evidenziato dai lavori della commissione UE per la revisione del regolamento 261/2004/CE, i vettori tendono a qualificare come “ritardo” anche le cancellazioni del volo, proprio per giovare delle lacune di tutela della disciplina.

Inoltre, la normativa internazionale uniforme, cui l'ordinamento italiano rinvia per intero, presenta ambiguità irrisolte sotto il profilo della delimitazione dell'ambito temporale della responsabilità vettoriale, nonché circa la definizione stessa di ritardo, attesa la clausola contrattuale di esclusione dell'orario del volo dal contenuto della prestazione (e fermi restando i dubbi, espressi da taluna dottrina, sulla validità/vessatorietà di suddetta clausola).

A ciò si aggiungano i problemi legati alla prova dell'*an* e del *quantum* di un danno da ritardo, l'incertezza sulla risarcibilità del danno non patrimoniale che dal ritardo deriva

⁴⁸¹ IRTI N., *cit.*, pag. 139: “E' la connessione acutamente percepita e ragionata da Tullio Ascarelli, tra disciplina della concorrenza e tutela dei consumatori”

(c.d. esistenziale puro), nonché i dubbi, peculiari dell'ordinamento italiano, circa la riconducibilità di siffatto risarcimento in ambito contrattuale od extracontrattuale.

Se alla delimitazione dei confini definitivi ed applicativi del ritardo, in verità, dottrina e giurisprudenza hanno posto mano, modellando una serie di risposte, in termini di estensione dell'ambito temporale di applicazione dell'art. 19 Conv. Montreal e di oggettivizzazione del ritardo, attraverso il c.d. tempo medio di percorrenza, il problema legato alla risarcibilità ed all'effettività del ristoro dei danni in caso di ritardo è tutt'oggi attuale.

Ed ancora un volta si viene ricondotti all'iniziale quesito sulla scelta del vettore tra rischio di perdita economica e rischio di inadempimento.

Fintanto che, in un'analisi costi/benefici, l'inadempimento resterà preferibile⁴⁸² rispetto al rischio di non ottimizzare i guadagni, il vettore affronterà l'eventualità di un risarcimento del danno da ritardo.

In quest'ottica, pur se la presente disamina tende a propendere per la risarcibilità dei danni da ritardo, anche non patrimoniali, quali lesioni di un interesse non patrimoniale dedotto nel contratto, e risarcibile ex art. 1218 c.c., nonché per un cumulo tra rimedi sinallagmatici, ex art. 1668 c.c., e risarcitori, pur tuttavia non può negare né l'esistenza, in dottrina più che in giurisprudenza, di voci discordi, né la difficoltà di prova e quantificazione del danno (pur potendo supplire in tal senso la regola dell'*id quod plerumque accidit*⁴⁸³ e l'uso del prezzo contrattuale come parametro del valore di un determinato interesse⁴⁸⁴).

Ci si deve allora chiedere se il sistema del risarcimento forfetario sperimentato nelle fattispecie di diniego d'imbarco e cancellazione del volo non possa essere utilmente applicato anche al ritardo.

Una tale soluzione, peraltro, irrigidirebbe i limiti risarcitori (già dettati dalla Conv. Montreal, con eccezione nei casi di dolo o *wilfull misconduct*) rendendo ancor più facile l'eventuale estensione dell'obbligo di assicurazione anche al ritardo – unica delle tre fattispecie a rimanere esclusa dalla previsione del Regolamento 785/2004/CE -.

L'Unione Europea sta operando in tal senso nel campo del trasporto ferroviario ove, in verità, una prima sperimentazione di indennizzo forfetario è stata attuata nel nostro

⁴⁸² DI RAIMO R., *Note minime.*, cit., pag. 94.

⁴⁸³ Si veda il già citato BILOTTA F., *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. It.*, 2001,6, 1159

⁴⁸⁴ Sul punto SMORTO G., cit., pag.45

ambito nazionale, in via contrattuale, attraverso esplicita previsione nelle condizioni generali di contratto di Trenitalia.⁴⁸⁵

E' una soluzione, questa, che suscita perplessità in parte della dottrina, per la peculiarità del trasporto aereo, e per il rischio di aumento dei prezzi del servizio, ma che, tuttavia, apre possibili scenari di maggior effettività di tutela per il passeggero e, con essa, maggior correttezza del mercato.

⁴⁸⁵ Sul punto si veda la completa disamina di MASUTTI A., *Il ritardo nel trasporto aereo. Prevenzione e responsabilità*, Giappichelli, 2008, pag.213 ss., laddove confronta il ritardo aereo e le relative tutele con i ritardi degli altri settori del trasporto. Peraltro, questa comparazione spinge ad una riflessione sulla possibilità di una sorta di *reductio ad unum* della disciplina dei trasporti, superando le differenze proprie della tipicità dei singoli mezzi. Una prospettiva già oggetto di riflessione in campo comunitario e apparsa sullo scenario legislativo italiano in tema di pubblicità delle tariffe. E' infatti al vaglio del Legislatore un progetto di legge (2272 bis) avente ad oggetto "misure per il cittadino consumatore e per agevolare le attività produttive e commerciali, nonché gli interventi in settori di rilevanza nazionale" che, nella stesura in sede di Commissione Parlamentare, all'art. 9, prevede una modifica dell'art. 3 L. 40/07, in base alla quale la disciplina sulla trasparenza delle tariffe dovrebbe essere estesa a tutto il settore dei trasporti.

BIBLIOGRAFIA

- ALLARA, *Dolo ed errore inescusabile*, in *Foro Lomb.*, 1931, 875;
- ALPA G. – BESSONE M, *La responsabilità civile*, Giuffrè;
- ALPA G. – PATTI S.- CARICATO C. – SCARPELLO A., *Repertorio di giurisprudenza delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Giuffrè, 2004;
- ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Laterza, 2006;
- ALPA G., *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale – tomo I*, a cura di GABRIELLI G., in *Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. – GABRIELLI G., UTET, 2006;
- AMICO P., *La Commissione europea propone di armonizzare la disciplina comunitaria in tema di pratiche commerciali sleali*, in *I Contratti* n. 10/03;
- ANTONINI A., *il concorso di responsabilità in materia di trasporto*, in *Resp. civ. e prev.*, n.01/08;
- ANTONINI A., *il concorso di responsabilità in materia di trasporto*, in *Resp. civ. e prev.*, n.01/08;
- ANTONINI A., *La responsabilità del vettore aereo di persone nel trasporto nazionale e in quello internazionale*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2001, 6, 1108;
- ARRIGONI, *JAA: Development of an international standard for safety regulation*, in *Air Law*, 1992;
- AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva sulle dinamiche tariffarie del trasporto aereo di passeggeri*, 2004;
- BADAGLIACCA M., *dolo incidente ed overbooking*, in *Dir. Trasp.*, 2002
- BALLARINO T., *Lineamenti di diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Padova, 1997.
- BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958
- BARTOLOMUCCI, P., *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *I Contratti*, n.10/05
- BARTOLOMUCCI, P., *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio della trasparenza*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI E. – ROSSI CARLEO L., Milano, 2007
- BATTELLI E., *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *I Contratti*, n.12/2007
- BENATTI F., *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. tr. dir. e proc. civ.*, 1960

- BERNINI A.M., *Small claims: conciliazione ed arbitrato anche nell'esperienza straniera*, in *Quaderni dell'Avvocatura*, 1993
- BESOZZI F., *La causa in concreto del contratto: un vero revirement?*, in *I Contratti*, n.11/2007;
- BIANCA C.M., *Condizioni generali di contratto*, in *Encicl. Giur.*, Treccani
- BIANCA C.M., *Il contratto. Vol.3*, in *Diritto civile*, Giuffrè, 1984;
- BIANCA C.M., *La responsabilità. Vol. 5*, in *Diritto civile*, Giuffrè, 1994;
- BICO F. – GUZZONI B., *La truffa contrattuale*, Giappichelli, 2003
- BICO F. – GUZZONI B., *La truffa contrattuale*, Giappichelli, 2003
- BIGI E., *L'Unione europea adotta una disciplina quadro volta ad armonizzare le leggi nazionali in materia di pratiche commerciali aggressive ed ingannevoli...*, in *I Contratti* n. 7/05, pag. 728
- BILOTTA F., *Il danno non patrimoniale*, in *nel diritto.it*, 2008
- BILOTTA F., *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. It.*, 2001,6, 1159;
- BIN M., *Clausole vessatorie: una svolta storica*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, II;
- BONA M., *Il danno contrattuale non patrimoniale*, in *Il nuovo contratto*, a cura di MONATERI P.G. – DEL PRATO E. – MARELLA M.R. – SOMMA A. – COSTANTINI C., Zanichelli, 2007
- BONFANTONI C., *Sugli effetti della mancata presentazione del passeggero nel termine indicato nelle condizioni generali di trasporto dell'Alitalia*, in *Dir. Trasp.*, 1990, pag. 243
- BORTONE P., *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI E. – ROSSI CARLEO L., Milano, 2007,
- BUSTI S., *Contratto di trasporto aereo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di CICU – MESSINEO- MENGONI, Giuffrè, 2001, pag. 483.
- BUSTI S., *I fori competenti per l'azione di responsabilità contro il vettore aereo internazionale*, in *Trasporti*, 2000
- BUSTI S., *Il trattamento del passeggero nelle condizioni generali di contratto di trasporto aereo*, in *La tutela del turista*, a cura di SILINGARDI G. – ZENO ZENCOVICH V., ESI, 1993
- BUSTI S., *La responsabilità del vettore aereo per overbooking*, in *Dir. Trasp.*, 1993,
- BUSTI S., *La responsabilità del vettore aereo per i danni da ritardo*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento alla Convenzione di Montreal del 28.05.99*, Napoli, 2006
- BUSTI, S., *Il trattamento del passeggero nelle condizioni generali di contratto*, in *Dir. prat. Av.civ.* n. 1/93
- CALVO R., *Contratti e mercato*, Giappichelli, 2006

- CALVO R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impresa/Europa*, n.1/07
- CAMARDA G., *‘Il diritto aeronautico nella sua evoluzione storica, , in La responsabilità civile del vettore nel trasporto aereo di persone e merci – Casi e materiali*, a cura di CAMARDA – COTTONE – MIGLIAROTTI, Milano, 2006
- CANALI C. – PUGLISI M.A., *Impresa aeroportuale ed indirizzi di marketing*, in *Trasporti: diritto politica economia*, n.101/07
- CARACCIOLI I., *Reati di mendacio e valutazione*, Giuffrè, 1962
- CARBONE, *Criteri di collegamento giurisdizionale e clausole arbitrali nel trasporto aereo: le soluzioni della Convenzione di Montreal del 1999*, in *Riv.dir.int.priv.proc.*, 2000
- CAREDDA V., *Adempimento ritardato e riduzione della controprestazione*, in *Giur.it*, 2000, I;
- CARINGELLA F. , *L’annullabilità*, in CARINGELLA F. – DE MARZO G., *Manuale di diritto civile. Volume III, Il contratto*, Giuffrè, 2007
- CARINGELLA F. , *Responsabilità precontrattuale*, in CARINGELLA F. – DE MARZO G., *Manuale di diritto civile. Volume III, Il contratto*, Giuffrè, 2007;
- CARINGELLA F., *La nozione di consumatore*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di CARINGELLA F. – DE MARZO G., UTET, 2007
- CARLSSON F., *Price and departures in European domestic aviation market*, in *Review of industrial organization*, 24, 2004
- CARLUCCI F., *Trasporto aereo, regolamentazione e concorrenza*, Cedam, 2003
- CASOLARI – GESTRI – PALANDRI, *Avviato procedimento d’infrazione contro l’Italia per mancato rispetto della disciplina comunitaria in materia di tutela dei passeggeri aerei*, in *Dir. Turismo*, 2005
- CASTRONOVO C., *la nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006;
- CASTRONOVO C., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv.*, 2004;
- CASTRONOVO C., *Principi di diritto europeo dei contratti*, I –II, Milano, 2001
- CASTRONOVO C., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Atti del Incontro di Studio sul tema: illecito aquiliano ed ingiustizia del danno*, Roma 29-30 maggio 2008, Consiglio Superiore della Magistratura, Ufficio per gli Incontri di Studio;
- COLANGELO G., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Obbl. e contratti*, n.04/2006;
- COMENALE PINTO M.M. – MORANDI F. – MASALA L. (a cura di), *Le gestioni aeroportuali. Privatizzazioni del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, Milano, 2005,
- CONFORTI, B., *Diritto internazionale*, Napoli, 1997

- CORBINO M.L., *I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, Padova, 1978
- CORONA V., *La tutela per overbooking nella convenzione di Varsavia*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, ISDIT, Cagliari, 2005
- CORONA V., *La tutela per overbooking nella Convenzione di Varsavia*, in *Dir Trasp.* 2004;
- COSTA A., *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI E. – ROSSI CARLEO L., Milano, 2007
- COTTINO, *Il trasporto e la spedizione*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, diretto da GALGANO, XVI, Padova, 1991
- COTTONE M., *La responsabilità civile del vettore nel trasporto aereo di persone*, in *La responsabilità civile del vettore nel trasporto aereo di persone e merci – Casi e materiali*, a cura di CAMARDA – COTTONE – MIGLIAROTTI, Milano, 2006
- CUFFARO V., *Responsabilità precontrattuale*, in *Encicl. Giur.*, Giuffrè
- DALMOTTO, *Prospettazioni alternative in tema di infortuni sul lavoro e scelta del giudice competente (concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale)*, in *Giur.it.*, 1995,I, 1, 867;
- DE CRISTOFARO G., *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e impresa/Europa*, n.1/07
- DE MATTEIS R., *Il cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una regola di formazione giurisprudenziale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI G., Giuffrè;
- DE STEFANI G., *Diritto aereo*, Istituto Poligrafico e zecca di Stato, 1996;
- DEIANA, M., *Riflessioni sulla sovrapprenotazione nel trasporto aereo*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, ISDIT, Cagliari, 2005
- DEL GIUDICE A., *Condizioni generali di trasporto*, in *Condizioni generali di contratto – vol.2*, a cura di BIANCA C.M., 1981;
- DELLA CASA M., *Bianco Natale...ma in aeroporto: la tutela del passeggero tra danno esistenziale e rimedi sinallagmatici*, in *Danno e resp.*, n.03/03;
- DELOGU L., *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, CEDAM. 2000
- DI GIANDOMENICO G., *Il danno non patrimoniale per negato o ritardato imbarco*, in *Dir. Trasp.*, 1/05;
- DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa/Europa*, n.1/07;

- DI RAIMO R., *Note minime sulle implicazioni sostanziali dell'art. 14 della dir. 2005/29/CE: a margine di una proposta per il suo recepimento*, in *Contratto e impresa/Europa*, n. 01/07, pag. 94
- DOGLIOTTI M. – FIGONE A. (a cura di), *Giurisprudenza del contratto – Vol III*, Giuffrè, 2003;
- DONA M., *Il Codice del Consumo. Regole e significati*, Giappichelli, Torino, 2005
- DONA M., *L'elenco delle pratiche considerato in ogni caso sleali nell'allegato I della direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI E. – ROSSI CARLEO L., Milano, 2007
- DUBOLINO P., *art. 1679*, in *Nuova Rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile*, a cura di RUPERTO C. – SGROI V., Giuffrè, 1994
- DUTTA S., BERGEN M., LEVY D. e VENABLE R., *Menu costs, posted prices, and multiproduct retailers*, in *Journal of Money, Credit and Banking*, 1999, vol. 31, n. 4
- E se è vero che una tale soluzione ha effetti spersonalizzanti e può condurre ad una diminuzione del *quantum* risarcitorio in singoli casi, d'altro canto il mercato è ormai luogo di spersonalizzazione, di masse e non più di individui, e una tutela effettiva di un singolo interesse della persona può avere maggior incidenza rispetto ad una tutela della persona nella sua interezza, individualmente considerata, quando questa seconda resti un programma irrealizzato.⁴⁸⁶
- FANARA E., *L' overbooking*, in *La tutela del turista*, a cura di SILINGARDI G. – ZENO ZENCOVICH V., ESI, 1993
- FANELLI A., *Dei delitti contro il patrimonio mediante frode*, in *I delitti contro il patrimonio. Volume XI*, in *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di LATTANZI G. – LUPO E., Giuffrè, 2000
- FAZIO E., *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, Sicania, 2006, nonché in *Europa e diritto privato*, n.04/06
- FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale. Volume II*
- FIGONE A., *Convenzione di Montreal del 1999: convenzione vessatoria?*, in *Dir. Trasp.*, 2007, pag. 190
- FOGLIANI E., *La decadenza dall'azione*, in TULLIO L. (cura di), *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento della Convenzione di Montreal del 28.05.99*, Napoli, 2006
- FRANCESCOCELLI, R., *Consuetudine (diritto moderno)*, in *Nss. Digesto It.*, IV, Torino, 1959

⁴⁸⁶ IRTI N, *cit.*, pag. 98ss.

- FRANCESCHETTI P., *Le Sezioni Unite sul danno esistenziale*, in *www.lapraticaforense.it*, rivista telematica a cura di SIROTTI GAUDENZI A, FRANCESCHETTI P. e DI RAGO G.
- GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. Dir.civ.*, 2003, I
- GAETA, *Le fonti del diritto della navigazione*, Milano, 1965
- GAGGIA A., *Osservazioni sulle novità introdotte dal Reg. 261/CE/04 in tema di ritardo nel trasporto aereo di persone*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, ISDIT, Cagliari, 2005
- GALGANO F., *Il contratto*, CEDAM, 2007;
- GAUDINO L., *Il dolo negoziale*, in *I contratti in generale. Vol. XI*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di CENDON PAOLO, UTET, 2000
- GAZZARA M., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, ESI, 2003
- GENTILI A., *Dolo*, in *Encicl. Giur.*, Treccani
- GENTILI A., *Disinformazioni e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti*, n.04/08
- GENTILI, A., *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *I Contratti*, n.2/06
- GIACOBBE S., *La responsabilità del vettore aereo per ritardo*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, ISDIT, Cagliari, 2005¹
- GIACOBBE S., nota a sentenza al Giudice di Pace di Venezia 08.06.2000, in *Dir. Trasp.*, 2001, pag. 833
- GIORDO A., *Riflessioni giuseconomiche intorno al reg. CE n. 261/2004*, in *Dir. Turismo*, n.1/07, Ipsoa, Milano
- GIORDO A., *Trasporto aereo: sanzioni amministrative per la violazione della normativa comunitaria a tutela dei diritti dei passeggeri*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 2007
- GIRARDI P. – COLETTA, *Sviluppi dell'applicazione del regolamento CEE n.95/93 del Consiglio del 18.01.93 relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti comunitari*, in *Trasporti*, n.64/94
- GIRARDI P., *La terza fase della liberalizzazione del trasporto aereo in Europa: contenuti e problemi applicativi* in *Dir. trasp.*, 1993;
- GIRARDI P., *Recenti sviluppi della regolamentazione dell' overbooking ed applicazione degli schemi di indennizzo per mancato imbarco*, in *Dir. Trasp.*, 1992,
- GIRARDI P., *Riflessi giuridici dell' overbooking nel trasporto aereo di linea*, in *Dir. Trasp.* II/88
- GRIGOLI S., *L'esercizio dell'aeromobile*, Milano, 1988, pag. 672
- GRIGOLI S., *Profili normativi della navigazione aerea*, Bari, 2008

- GRUPPO DI STUDIO PER L'ESAME DEGLI ASPETTI CONNESSI ALLA LIBERALIZZAZIONE DEL TRASPORTO AEREO IN EUROPA, in *Dir. e prat. av.civ.*, 1990, 21,34
- GUERINONI E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *I Contratti*, n.2/07
- GUERRIERI, *overbooking, overselling and denial of boarding*, in *Annals of Air and Space Law*, 1989
- IANNUZZI M., *Del trasporto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA – BRANCA;
- IANNUZZI M., *del trasporto*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA A. – BRANCA G., Zanichelli, 1961
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 1998;
- IURILLI C., *La responsabilità del vettore aereo e la tutela comunitaria ed internazionale del consumatore*, in *Manuale di diritto del consumatore*, a cura di IURILLI C., Giappichelli,
- IVALDI, *Diritto uniforme dei trasporti e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milano, 1955
- KARSTEN J., *Droit communautaire des passagers et droit privé européen*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, n. 04/06;
- KIRSHNER S., *art.3*, in *Commentario al codice del consumo*, a cura di ALPA G – ROSSI CARLEO L., ESI, 2006
- LANDI – POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1987
- LASSANDRO, *Lo stop-over nel trasporto aereo internazionale*, in *Trasporti*, 18/1979.
- LECCESE E., *l'errore*, in *I contratti in generale. Vol. XI*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di CENDON PAOLO, UTET, 2000
- LEFEBVRÈ D'OVIDIO – PESCATORE – TULLIO, *Manuale*,
- LEPORELLI C., *Struttura e gestione delle reti di trasporto aereo: strategie di impresa e indicazioni per la politica pubblica*, in *Struttura di mercato e regolamentazione del trasporto aereo*, a cura di PADOA SCHIOPPA KOSTORIS F., Bologna, 1995
- LIBERATI A., *Contratto e reato*, Giuffrè, 2004
- LIBERATI A., *Contratto e reato: interferenze tra disciplina civile e disciplina penale*, Giuffrè, 2004
- LOPEZ DE GONZALO M., *I giudici comunitari confermano il nuovo regolamento overbooking*, in *Dir. Turismo*, n.2/06, pag.154 ss. Ipsoa, Milano
- LOPEZ DE GONZALO, *La responsabilità extracontrattuale del vettore*, in Alpa – Bessone (a cura di), *La responsabilità civile*, in *Giur. Sist. Civ. dir. comm.*, fondata da Bigiavi, 1997;
- LUCCHESI F., *art.3*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di VETTORI G., CEDAM, 2007

- MAGGIOLO M, *overbooking, ritardo e cancellazione del volo: contratto, compensazione, responsabilità* in atti del Convegno “*Trasporto aereo e tutela del passeggero nella prospettiva europea*, Sassari 15-16.04.05;
- MAGNOSI S., *Brevi considerazioni in tema di mancata esecuzione del trasporto aereo*, in atti del Convegno “*Trasporto aereo e tutela del passeggero nella prospettiva europea*, Sassari 15-16.04.05;
- MANDRIOLI, *Manuale di diritto processuale civile*, Giappichelli, 1993
- MANKIEWICZ, *The liability regime of the international air carrier*, Deventer, 1981;
- MAREK ZYLICZ, *International Air Transport Law*, in *Utrecht Studies in Air and Space Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992
- MASUTTI A., *Il ritardo nel trasporto aereo. Prevenzione e responsabilità*, Giappichelli, 2008;
- MASUTTI A., *Il diritto aeronautico. Lezioni, casi e materiali*, Torino, 2004;
- MC GOWAN F. – SEABRIGHT P., *Deregulating European Airlines*, in *Economics Policy*, n. 9/89;
- MICKLITZ H.W., *The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, EUI Working Paper, n. 14/2008, European University Institute. Department of Law;
- MIGNONE A. –D’AMATO P., *Cancellazione di volo, foro del consumatore e danno esistenziale*, in *Dir. Trasp.*, 2007, pag.209;
- MINERVINI E., *Codice del Consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI E. – ROSSI CARLEO L., Milano, 2007;
- MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, 2005;
- MINERVINI E., *I contratti dei consumatori, Vol. IV – I rimedi – 1* (a cura di GENTILI A.), in *Trattato del contratto* (a cura di ROPPO V.)Giuffrè, 2006;
- MINERVINI E., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: il ruolo delle Camere di Commercio*, Napoli, ESI, 2003;
- MONATERI P.G., *Manuale della responsabilita’ civile*, UTET, 2001;
- MONTANARI M.S., *Sull’interpretazione dell’art. 28 della Convenzione di Varsavia in materia di giurisdizione e competenza territoriale nel trasporto aereo internazionale*, in *Dir. Trasporti*, 1994;
- MOSCATO S., *Le concessioni ad aedificandum nel demanio aeronautico e la natura giuridica delle costruzioni realizzate*, in *Le gestioni aeroportuali. Privatizzazioni del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, COMENALE PINTO M.M. – MORANDI F. – MASALA L. (a cura di), Milano, 2005;

- MUNARI F., *La liberalizzazione del trasporto aereo nell'Unione europea tra lotta alle discriminazioni e compressione delle competenze statali*, in *Dir. UE*, 2/99
- NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI E. – ROSSI CARLEO L., Milano, 2007;
- PADOA SCHIOPPA KOSTORIS F., *Regolamentazione e del mercato del trasporto aereo*, in *Struttura di mercato e regolamentazione del trasporto aereo*, a cura di PADOA SCHIOPPA KOSTORIS F., Bologna, 1995;
- PANDOLFELLI M., *Per una valutazione della politica comunitaria del trasporto aereo*, in *Struttura di mercato e regolamentazione del trasporto aereo*, a cura di PADOA SCHIOPPA KOSTORIS F., Bologna, 1995;
- PAOLUCCI L.F., *Il trasporto di persone*, UTET;
- PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Art. 1337-1342*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da SCHLESINGER P., Giuffrè, 1993
- PATTI G., *Condizioni generali di contratto e p.a.*, in *Le condizioni generali di contratto*, Vol. 2, a cura di BIANCA C.M., Giuffrè, 1981
- PATTI G., *Le condizioni generali di contratto predisposte, approvate o imposte dalla pubblica amministrazione*, in *Condizioni generali di contratto – vol.2*, a cura di BIANCA C.M., 1981;
- PATTI S., *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO P. - GABRIELLI G., UTET, 2006
- PELLICELLI A.C., *Le compagnie aeree: economia di gestione del trasporto aereo*, Milano, 1996
- PIAZZA S – BORILE R. – FETTARAPPA R., *Diritto della navigazione aerea*, Bologna, 2000
- PIETROBON V., *L'errore*, in *encl. Giur.*, Treccani
- PIGA C., POLO M., *Il giro del mondo in 80 euro. Liberalizzazioni e compagnie aeree a basso costo*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n.2/03,
- POZZI C., *La nuova disciplina dell' overbooking nel regolamento n.261/2004 e nell'interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Resp. civ. e prev.*, n.07-08/06
- PUNZI C., *La risoluzione delle controversie concernenti il risarcimento dei danni*, in TULLIO L. (cura di), *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento della Convenzione di Montreal del 28.05.99*, Napoli, 2006;
- PURELLI S., *La riforma del Reg. 95/1993/CE per l'assegnazione delle bande orarie della Comunità Europea*, in *Dir. Tur.* N.04/05, pag. 379
- QUERCI, *Diritto della navigazione*, Padova, 1989

- REALMONTE, 1994, pag. 132
- RIGUZZI M., *Le gestioni aeroportuali: il quadro dei principi giuridici*, in COMENALE PINTO M.M. – MORANDI F. – MASALA L. (a cura di), *Le gestioni aeroportuali. Privatizzazioni del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, Milano, 2005;
- RIMOLDI F., *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, in *I Contratti*, 2007;
- RINALDI BACCELLI, *per un inquadramento sistematico del diritto della persona al trasporto pubblico*, in *Riv.dr.civ.*, 1991, II, 35
- ROLFI F., *La causa come funzione economico sociale: tramonto di un idolum tribus?*, in *Corr. Giur.*, 2006;
- ROMANELLI G. – SILINGARDI G., *Trasporto nella navigazione marittima ed aerea*, in *Encicl. Giur.*, Treccani; DUBOLINO P., *art. 1679, in Libro IV – Tomo VI*, a cura di SENOFONTE P. – DUBOLINO P. – CARNEVALE C. – GIORDANO G., in *Nuova Rassegna di Giurisprudenza del Codice Civile*, a cura di RUPERTO C. E SGROI V., Giuffrè, 1994;
- ROMANELLI G. -TULLIO L., *Spunti di studio su: Le condizioni generali del trasporto aereo*, ISDIT, Cagliari, 1996;
- ROMANELLI G., *Il trasporto aereo di persone*, 1959, Padova;
- ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Rivista Dir. Civile*;
- ROSAFIO E.G., *Riflessioni in margine all'art. 29 della Convenzione di Montreal del 1999*, in *Dir. Turismo*, n.2/2006;
- ROSSI CARLEO L., *Art.3 c.1 lett. f) codice*, in *Codice del Consumo. Commentario*, a cura di ALPA G. – ROSSI CARLEO L., ESI, 2005;
- ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI E. – ROSSI CARLEO L., Milano, 2007
- ROSSI P., *Brevi riflessioni in merito ai NOTAMS*, in *Dir. aereo*, 1980.
- ROSSI P.– MARTORANO A., *Istituzioni di diritto della navigazione*, Torino, 2002
- SACCO R., *L'errore e la mancata informazione*, in *il contratto. Tomo primo*, a cura di SACCO R. – DE NOVA G., UTET, 2004
- SALVI C., *Responsabilità extracontrattuale*, in *Encicl. Giur.*, Giuffrè;
- SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, Giuffrè, 1998
- SANGIOVANNI V., *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, in *I contratti*, n.3/08;
- SAPONE N., *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 2008

- SATTA S. – PUNZI C., *Diritto Processuale Civile*, CEDAM, 1996
- SAVANNA L., *Contratti di viaggio e responsabilità: il danno da vacanza rovinata*, Giappichelli, 2008
- SCHIAVONE G., *dolo (raggiro) e responsabilità precontrattuale*, in *resp.civ. prev.*, n.04/2008
- SCIANCELEPORE G. – STANZIONE P., *Commentario al codice del consumo*, IPSOA, 2006
- SCIANCELEPORE G. – STANZIONE P., *Prassi contrattuale e tutela del consumatore*, Giuffrè, 2004
- SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968;
- SIA, A.M. – ZANELLI, A., *Sul ritardo del passeggero aereo nella presentazione all'accettazione*, in *Dir. Trasp.* 1994
- SILINGARDI G.- MAFFEO D., *Gli slot. Il caso Italia fra esperienza statunitense e comunitaria*, Torino, 1997
- SILINGARDI G., *Attività di trasporto aereo e controlli pubblici*, Padova, 1984;
- SINGH, *International air charter transportation in Australia, part III*, in *Air Law*, 1981¹
- SMIROLDO F., *L'art.8 sul rifiuto al trasporto e l'art. 1679 c.c.*, in *Spunti di studio su: le condizioni generali del trasporto aereo*, a cura di ROMANELLI G – TULLIO L., ISDIT, 1996
- SMORTO G., *Il danno da inadempimento*, CEDAM, 2005
- SPASIANO, *Contratto di noleggio*, Milano, 1986
- STUCCHI M., *Primi interventi dell'ENAC relativi al Regolamento CE n. 261/2004*, in *Dir. Turismo*, n. 1/07
- SUNDBERG, *Air Charter. A study in legal development*, Stoccolma, 1961
- TESTA, P., *Pubblicità ed industria culturale*, in *AIDA 2005*, Milano, Giuffrè
- TOMMASI F. – Mele V., *la legislazione per status. Tramonta la chimera della strutturale parità dei contraenti*, in *Contratti e tutela dei consumatori*, a cura di Tommasi F., UTET, 2007
- TULLIO L., *overbooking o ritardo*, in *Dir. Trasp.*, 2001
- TULLIO L., *overbooking, cancellazione e ritardi*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, ISDIT, Cagliari, 2005
- TULLIO L., *Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie nella contrattualistica dei trasporti*, in *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo*, a cura di SILINGARDI, ANTONINI, MORANDI, Giuffrè, 1996
- TURCO BULGHERINI E., *Il diritto della navigazione e dei trasporti fra elaborazione scientifica ed insegnamento universitario nell'era della globalizzazione*, in *Riv. Dir. Trasp.*, n.01/07;

TURCO BULGHERINI, *La prenotazione dei servizi di trasporto, turistici ed alberghieri*, in *Studi in memoria di M.L. Corbino*, Milano, 1999

VERDE, L., *la prenotazione nel traffico passeggeri marittimo ed aereo*, in *Dir. Trasp.* n.1/91

VERNIZZI S., *La cancellazione del volo: considerazioni generali e indicazioni emergenti dalle recenti innovazioni legislative*, in *Resp.civ. e prev.*, n.10/06

VESPASIANI TOSCHI F., *Diffida ad adempiere e disponibilità degli effetti risolutivi*, in *I Contratti*, n. 5/08, pag. 437 ss.

VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972;

VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Encicl. Giur.*, Treccani;

VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Encicl. Giur.*, Treccani;

ZAMPONE A., *La responsabilità del vettore aereo per negato imbarco e cancellazione del volo*, in *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, ISDIT, Cagliari, 2005;

ZAMPONE A., *Trasporto aereo e clausole vessatorie*, in *Dir. Trasp.*, 2001, pag. 501 ss

ZENO ZENCOVICH V., *Le nuove condizioni generali di contratto nel trasporto aereo*, in *Dir. Turismo*, 2006, IPSOA

ZUNARELLI, *Contratti atipici, impresa di navigazione e contratti di trasporto*, in *Dir. Trasp.*, 1995.

INDICE

Cap.1

Profili definitivi ed economico-aziendali della fattispecie dell' <i>overbooking</i> , nonché della cancellazione dei voli o ritardi per motivi commerciali	pag. 1
1.1. Peculiarità della domanda e dell'offerta nel trasporto aereo.	Pag.2
1.2. Le classi tariffarie del vettore tradizionale	Pag.3
1.3 la vestizione del volo nel sistema tradizionale.	Pag.4
1.4 Prenotazione del volo, <i>no show</i> e <i>go show</i> .	Pag.5
1.5 Allocazione dei posti in un sistema concorrenziale tradizionale	Pag.8
1.6 Il sistema <i>low cost</i>	Pag.8
1.7 <i>Pricing</i> e <i>seat allocation</i> nel sistema <i>low cost</i> .	Pag.9
1.8 <i>overbooking</i> ed <i>overselling</i> .	Pag.10
1.9 Cancellazioni del volo e ritardi per motivi commerciali: <i>slot al location</i> e <i>scheduling</i>	Pag.14

Cap. 2

Le fonti del contratto di trasporto aereo e la disciplina normativa del negato imbarco, del ritardo e della cancellazione del volo.	Pag. 19
2.1 fonti	
- Le fonti comunitarie.	Pag.20
- Le Convenzioni internazionali	Pag.22
- Il codice della navigazione	Pag.32
- Gli usi e la normativa tecnica.	Pag.34
L'analogia.	
2.2. la disciplina normativa del negato imbarco, del ritardo e della cancellazione del volo	Pag.36

2.2.1) La Convenzione di Montreal.	
a. il ritardo: estensione temporale dell'applicabilità dell'art. 19 della Convenzione.	Pag.37
b. <i>overbooking</i> e sua qualificazione come ritardo, ai sensi dell'art. 19 Conv. Montreal 99.	Pag.40
c la cancellazione del volo	Pag.42
2.2.2) Il Regolamento 261/CE/2004	Pag.42
a. Le innovazioni introdotte dal regolamento 261/CE/2004, rispetto al precedente regolamento sull' <i>overbooking</i> 295/CE/1991	Pag.49
b. La Sentenza della Corte di Giustizia del 10.01.06 a conferma della legittimità del Regolamento.	Pag.53
c. la revisione ex art. 17	Pag.56
d. L'organismo responsabile dell'applicazione del regolamento ex art. 16 –L'ENAC e le procedure sanzionatorie.	Pag.68
2.2.3) La Carta dei diritti del passeggero.	Pag.73
<u>Cap.3</u>	
La tutela del passeggero - consumatore	Pag.74
3.1. la nozione di consumatore	Pag.75
3.2 Condizioni generali di contratto.	Pag.81
3.2.a Analisi delle singole clausole sotto il profilo di vessatorietà ex art. 1341 c.c. e ex art. 33 ss. cod. cons.	Pag.90
3.3. Negato imbarco, cancellazione del volo, ritardi e tutela del passeggero alla luce della dir. 29/CE/2005: l'informazione in ordine all'uso della pratica dell' <i>overbooking-overselling</i> come strumento regolatore della pratica medesima, alla luce della Direttiva 29/CE/2005.	Pag.101
3.3.a Pratica commerciale scorretta nella cancellazione del volo o nel diniego d'imbarco	Pag.116

complesso

Cap.4

Qualificazione giuridica dell' <i>overbooking</i>	Pag.118
4.1. Premesse sul dolo-raggiro	Pag.121
4.2 <i>overbooking</i> e dolo-raggiro	Pag.126
4.3 <i>overbooking</i> e truffa contrattuale	Pag.133
4.4. Qualificazione dell' <i>overbooking</i> nella fase esecutiva del contratto	Pag.136

Cap.5

Tutela del passeggero nella fase esecutiva del contratto nei casi di diniego d'imbarco, ritardo e cancellazione del volo.	Pag.140
5.1. responsabilità contrattuale o extracontrattuale: cumulo, concorso, o estraneità tra i due titoli	Pag.141
5.2 danno non patrimoniale e risarcibilità	Pag.152
5.3 danno da ritardo. La costruzione giurisprudenziale della tutela da ritardo al di fuori dell'art. 1218 c.c. e ai sensi dell'art. 1668 c.c. o 1461 c.c. o 1460 c.	Pag.163
5.4. prevedibilità del danno e dolo	Pag.166
5.5. limitazioni quantitative di responsabilità e art. 22 Conv. Montreal: dolo e wilfull misconduct	Pag.173

<u>Conclusioni</u>	Pag.174
---------------------------	---------

<u>Bibliografia</u>	Pag. 180
----------------------------	----------