



A.D. MDLXII

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI

SCUOLA DOTTORALE IN DIRITTO ED ECONOMIA DEI SISTEMI PRODUTTIVI
INDIRIZZO GIURIDICO – XXVI CICLO

TESI DI DOTTORATO

Gli obblighi di protezione (profili in tema di contratto di trasporto)

Direttore

Chiar.mo Prof. Michele M. Comenale Pinto

Tutor

Chiar.mo Prof. Giovanni M. Uda

Tesi di dottorato di

Dr.ssa Vanna Cuccu

Anno accademico 2012/2013

La presente tesi è stata prodotta nell'ambito della scuola di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi dell'Università degli Studi di Sassari, a.a. 2010/2011 – XXVI ciclo, con il supporto di una borsa di studio finanziata con le risorse del P.O.R. SARDEGNA F.S.E. 2007-2013 - Obiettivo competitività regionale e occupazione, Asse IV Capitale umano, Linea di Attività I.3.1.

INDICE-SOMMARIO

	<i>Pag.</i>
Introduzione.....	1

CAPITOLO I

Gli obblighi di protezione.

Genesi e sviluppo teorico e pratico.

1. Premessa.....	7
2. La nascita degli obblighi di protezione in Germania. Motivi e percorsi.....	9
3. L'approccio francese al fenomeno protettivo: <i>les obligations de sécurité</i>	21
4. L'elaborazione italiana in tema di obblighi di protezione.....	26
5. L'impostazione originaria del codice civile e del codice della navigazione italiani.....	42
6. Le teorie più recenti sugli obblighi di protezione.....	51
7. L'obbligazione di protezione. Cenni e rinvio.....	55

8.	La normativa internazionale e europea.....	61
9.	Prime considerazioni conclusive.....	76

CAPITOLO II

Le caratteristiche del fenomeno protettivo.

1.	Introduzione.....	80
2.	La natura molteplice degli obblighi di protezione.....	81
3.	Il fenomeno protettivo tra dovere, obbligo e obbligazione: un'incertezza non solo terminologica.....	87
4.	Oltre la terminologia e la concettualità classica: la teoria degli <i>standards</i> valutativi....	93
5.	L'obbligazione di protezione. Patrimonialità e gratuità.....	100
6.	<i>(Segue)</i> Determinatezza o determinabilità della prestazione protettiva.....	105
7.	Critiche alla teoria del "trasporto sicuro".....	109
8.	<i>La posizione dell'obbligazione di protezione nella logica negoziale tra accessorialità e strumentalità.</i> La legale collateralità.....	113
9.	Il nesso che determina la collateralità dell'obbligazione di protezione.....	125
10.	La natura della responsabilità derivante dall'inadempimento dell'obbligazione di protezione.....	134
11.	Brevi riflessioni di chiusura.....	140

CAPITOLO III

Riflessioni su alcuni aspetti problematici in tema di protezione nel trasporto aereo e marittimo.

1. Considerazioni preliminari.....	144
2. Verso una responsabilità oggettiva o ritorno ad una responsabilità per inadempimento oggettiva?.....	149
3. Il confine tra protezione e autoprotezione: criteri semantici e temporali di individuazione. La nozione di <i>accident</i> e di sinistro marittimo.....	154
4. (Segue) La limitazione temporale dell'obbligo di protezione.....	160
5. Il rischio dell'impossibilità di proteggere.....	167
6. Il rischio d'impresa approda ad una dimensione contrattuale.....	174
7. La socializzazione del rischio.....	178
8. La tipizzazione del contenuto protettivo: il concetto di disagio e la nuova dimensione pecuniaria dell'assistenza.....	181
9. Brevi (necessarie) considerazioni di chiusura in materia di trasporto amichevole.....	193
Conclusioni.....	203
Bibliografia.....	213

Per curvi sentieri giungono tutte le cose buone alla meta.

(F. W. Nietzsche, Così parlò Zarathustra)

Introduzione.

Per capire di cosa si tratti quando si parla di obbligo di protezione occorre partire da una triplice premessa.

In primo luogo, bisogna allinearsi con la teoria moderna dell'obbligazione e prendere le mosse da una visione della stessa più ampia rispetto a quella che vede il mero contrapporsi tra prestazione e controprestazione: l'attuazione del rapporto obbligatorio, infatti, porta con sé il rischio che essa stessa sia causa ed occasione per la lesione di interessi "altri" rispetto a quelli oggetto dell'obbligazione. La protezione necessitata in questo caso non riguarda i beni e gli interessi direttamente coinvolti dall'adempimento, ma tutto ciò che della sfera giuridica di ciascuna parte può essere leso in virtù del contatto giustificato dal vincolo obbligatorio ⁽¹⁾.

In secondo luogo, la stessa fattispecie contrattuale può contenere essa stessa al suo interno, in maniera non esclusiva ma come elemento imprescindibile, un impegno a proteggere la controparte; è il caso del contratto di trasporto di persone nel quale la prestazione di trasferire si svolge indiscutibilmente in un ambiente che, per le sue caratteristiche di limitazione spaziale e di collocazione anomala, impone al vettore di

⁽¹⁾ Così sintetizza il fenomeno uno dei più illustri teorici degli obblighi di protezione, C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus* 1976, 125 e, più di recente, ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 447.

impostare tutta una serie di misure di sicurezza di varia natura e derivazione. In questo caso, pertanto, la protezione ha ad oggetto un'entità che è essa stessa direttamente coinvolta nell'adempimento del trasferimento.

In ultima istanza, affinché nasca un obbligo di tutela non si deve ritenere che un vincolo obbligatorio debba necessariamente previamente essere stato instaurato, né che una prestazione sia dovuta, né, infine, che l'adempimento della prestazione principale sia in corso, senza per ciò dover d'altro canto scomodare il principio dell'*alterumnonlaedere*.

I predetti rilievi, si noti, oltre che premessa costituiscono la trama del tessuto osservativo di quello che, per il momento, ritengo opportuno definire semplicemente come protezione in generale o fenomeno protettivo.

Più genericamente, la protezione si concreta in concetti come prevenzione, assistenza, sicurezza e tutela i quali, anche singolarmente considerati e legati ad una peculiare realtà, sostanziano quel dovere di conservazione dell'integrità da cui la categoria prende le mosse. Il fenomeno protettivo, infatti, traduce in termini normativi una vicenda tutta materiale di solidarietà socio-culturale di cui espressa menzione è fatta, peraltro, nell'art. 2 della nostra Costituzione. Ne deriva che qualsiasi bene la cui lesione abbia connotati negativi per i valori del sistema può costituire oggetto di protezione; più in particolare, i beni la cui lesione assume un'indiscutibile importanza sia dal punto di vista

giuridico, sia da quello empirico, sono sicuramente quelli della persona e della proprietà ⁽²⁾, ed è al primo dei due che in questa sede si rivolgerà particolare attenzione.

Tuttavia, occorre altresì precisare che non si può discorrere di fenomeno protettivo ogniqualvolta la protezione sostanzi l'unica prestazione; tale ipotesi, infatti, non presenta ambiguità strutturali semplicemente perché la violazione dell'impegno protettivo si traduce direttamente ed esclusivamente in un inesatto adempimento o in un inadempimento della sola prestazione dedotta in contratto ⁽³⁾.

Evidentemente, non si può non cogliere negli aspetti fondanti della protezione una forte vicinanza al principio del *neminem laedere* che costituisce nel nostro ordinamento la base della responsabilità extracontrattuale ⁽⁴⁾; non si può e non si deve ignorare, infatti, che anche la responsabilità extracontrattuale muove da un'esigenza di protezione. Superando la visione individualistica della responsabilità aquiliana come strumento di riparazione del danno subito al di fuori di un rapporto

⁽²⁾ Cfr. S. CICCARELLO, *Dovere di protezione e tutela della persona*, Milano, 1988, 3,4, 14.

⁽³⁾ Così S. CICCARELLO, *cit.*, 32, 33.

⁽⁴⁾ Secondo Castronovo, mediante lo strumento degli obblighi di protezione le lesioni che, al di fuori di un rapporto obbligatorio, darebbero vita ad un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale, allorquando detto rapporto sussista assumono le caratteristiche della violazione di un obbligo *inter partes*, facendo così nascere una responsabilità di tipo contrattuale con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di disciplina. Cfr. C. CASTRONOVO, *cit.* 125, ma anche, dello stesso Autore, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 457. Del problema dell'esatta natura della responsabilità conseguente alla violazione degli obblighi di protezione si tratterà oltre, § 10.

contrattuale (o, meglio, obbligatorio), anche essa è in realtà strumento per garantire la sicurezza dei rapporti e anche essa scaturisce da un contatto sociale, sebbene al di fuori di una già esistente relazione negoziale (⁵).

Tuttavia, non si deve cadere nell'errore di ritenere che, qualora sussista un vincolo obbligatorio tra due parti, il fenomeno protettivo dia vita ad una mera trasposizione di un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale nell'alveo di quella contrattuale con il solo scopo di favorire l'economia processuale e di avvantaggiare il danneggiato. Come si vedrà meglio nel presente lavoro, infatti, una simile affermazione, oltre ad avere una connotazione apodittica, sarebbe tacciabile di superficialità ed erroneità, nonché di avere una fonte al più equitativa, ma non di sicuro giuridica.

Tutto ciò premesso, nella teorizzazione degli obblighi di protezione sorgono interrogativi di non poca misura: occorre fare chiarezza su quali siano i rapporti tra misura dell'adempimento e anomalie del fenomeno protettivo e quanto la volontà delle parti possa interferire con l'entità della protezione, individuare l'esatto contenuto e l'ampiezza del fenomeno protettivo e le chiavi del suo funzionamento, a ciò sottostando una compiuta individuazione della natura e della struttura del medesimo; problematiche da ricondursi tutte al principale interrogativo che riguarda i rapporti della protezione con l'obbligazione principale e la sua collocazione all'interno della dinamica esecutiva del vincolo negoziale.

(⁵) Cfr. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, 33.

Detti interrogativi, come si è fugacemente anticipato, sono maggiormente avvertiti ed assumono una connotazione particolare con riguardo al contratto di trasporto di persone, nel quale la collocazione del passeggero in uno spazio al medesimo estraneo e per sua natura ostile, pone il problema della conciliazione tra potere/dovere di vigilanza da parte del vettore e facoltà di movimento del passeggero, oltre a quello dell'utilità di un trasferimento che non rispetti l'integrità di ciò che viene trasportato, passeggero o cosa che sia.

Per dare una risposta a questi interrogativi e procedere di conseguenza ad un corretto esame della materia questo lavoro deve conseguentemente prendere le mosse dallo studio preliminare delle origini fenomeno protettivo e delle sue fonti normative, quindi effettuare con perizia chirurgica l'analisi della sua struttura per poi raffrontare l'esito teorico così ottenuto con il dato pratico anche con riferimento alle fattispecie più peculiari ed alle problematiche più recenti rinvenibili nel trasporto di persone, ove la settorialità della disciplina ed il crescente impatto della normativa extra-nazionale, impongono un approccio aperto, ossia privo di schemi rigidi e capace di mutare costantemente per adeguarsi ai cambiamenti della realtà.

In particolare, ciò che la contingenza giuridica e sociale impongono è un fenomeno socializzante che si sostanzia in una disciplina peculiare che cerca di attagliarsi a nuovi rischi, con la conseguente *«richiesta di*

nuovi fondamenti che facciano subentrare il diritto là dove sembrava essere soltanto la carità» ⁽⁶⁾.

Da queste premesse derivano due fondamentali esigenze. Innanzitutto, avere la piena consapevolezza delle situazioni di cui si parla e la conoscenza dei criteri ispiratori della disciplina ad esse relativa ⁽⁷⁾; quindi, per riuscire a comprendere appieno il fenomeno protettivo nella sua configurazione contemporanea bisogna evitare *«il pericolo insito in una riduzione del diritto romano a “una specie di diritto naturale eternamente vigente”»* ⁽⁸⁾, richiamando la necessità di sostituire agli schemi romanistici altri più adeguati alle esigenze contingenti, senza che ciò significhi necessariamente rinnegare l'importanza fondamentale del diritto romano nella cultura giuridica. È quella che Mengoni chiama *«viva consapevolezza storica»*, che da sola *«può permettere la piena comprensione di disposizioni e concetti che gli irrigidimenti tradizionali sembrano negare ad ogni nuova sistemazione»* ⁽⁹⁾.

È quello che si cercherà di fare in questo lavoro.

⁽⁶⁾ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., 38, nota 67

⁽⁷⁾ Gli strumenti per il metodo di rilevazione dei rischi socializzati ci è fornito da S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., 37.

⁽⁸⁾ Così S. RODOTÀ, *Il problema*, cit. 5, richiamando le parole di N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, 363 ss.

⁽⁹⁾ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., 6.

CAPITOLO I

Gli obblighi di protezione.

Genesi e sviluppo teorico e pratico.

SOMMARIO:1. *Premessa*–2. *La nascita degli obblighi di protezione in Germania. Motivi e percorsi.* –3. *L'approccio francese al fenomeno protettivo: les obligations de sécurité.*- 4. *L'elaborazione italiana in tema di obblighi di protezione* -5. *L'impostazione originaria del codice civile e del codice della navigazione italiani.* – 6.*Le teorie più recenti sugli obblighi di protezione.* – 7. *L'obbligazione di protezione. Cenni e rinvio.* – 8. *La normativa internazionale e europea.* - 9. *Prime considerazioni conclusive.*

1. *Premessa.*

Il fenomeno protettivo, comunemente ricondotto all'unitaria figura dei cosiddetti obblighi di protezione, trova la sua ragion d'essere nell'eventualità che in seno ad un qualsiasi rapporto obbligatorio lo svilupparsi delle vicende che ne derivano possano arrecare un pregiudizio alla persona o ai beni delle parti, senza che ciò si sostanzi necessariamente in un mancato o inesatto adempimento della prestazione caratterizzante l'obbligazione. In pratica, ciò che, in condizioni normali,

ciascuno ottiene con il semplice controllo di sé e della cerchia dei propri beni e interessi, può trovare un limite dal momento in cui nasce un legame obbligatorio; può infatti accadere che l'autoprotezione non possa più essere pienamente esercitata, giusta l'apertura della sfera giuridica del creditore ad interferenze derivanti dal debitore e giustificate dalla condotta di adempimento di quest'ultimo.

Obbligo o dovere di protezione, pertanto, sono espressioni che traducono in termini generali la via per evitare non solo il danno, ma altresì il pericolo di alterazione dello *status quo* inteso nel senso dell'integrità fisica e patrimoniale degli obbligati, attraverso lo spostamento dell'asse del corrispondente potere da chi lo detiene per natura a chi lo ottiene in via derivata in virtù di una volontà legale o contrattuale⁽¹⁰⁾.

Ciò detto, per capire le ragioni che hanno portato all'individuazione e allo studio della materia è importante avere chiaro in mente il moderno concetto di obbligazione. La concettualizzazione degli obblighi di protezione, infatti, è strettamente legata ad una visione allargata del rapporto obbligatorio nel quale convivono una prestazione di preminente peso economico che potremmo definire caratterizzante e che è espressamente prevista dal regolamento pattizio, assieme ad una serie di ulteriori vincoli comportamentali, taluni unilaterali, tal'altri bilaterali, espressi o taciti, tutti comunque rivolti in direzione protettiva verso

⁽¹⁰⁾ Cfr. S. CICCARELLO, *Dovere di protezione*, cit., 15.

interessi “altri” rispetto a quelli strettamente perseguiti mediante la prestazione caratterizzante e ad essi più o meno vicini. Questi ulteriori interessi sonocomunque tutti finalizzati alla conservazione dello *status quo* e, pertanto, ad evitare che il comportamento vincolato di una delle parti sia occasione o causa di lesionialla persona o ai beni della controparte ⁽¹¹⁾.

2. *La nascita degli obblighi di protezione in Germania. Motivi e percorsi.*

Così introdotto in generale il fenomeno protettivo, l'intuizione degli obblighi di protezione traspare già in epoca romana classica proprio nel momento in cui è stata superata la visione dell'*obligatio* come mero asservimento di una persona ad un'altra ⁽¹²⁾. Quando, infatti, si inizia ad

⁽¹¹⁾ Con riferimento al legame che deve sussistere tra l'alterazione dello *status quo* e l'adempimento affinché si possa sensatamente parlare di obblighi di protezione ci si deve interrogare se basti la mera occasionalità ovvero sia necessario un collegamento più intimo tra la prestazione e la condotta lesiva. Sul punto ci si soffermerà meglio *infra*, § 7, cap. II.

⁽¹²⁾ Sull'argomento si vedano, più ampiamente: S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane: prolusione letta il 14 aprile 1902*, Bologna, 1902; F. C. SAVIGNY, *L'obbligazione* (traduzione dall'originale tedesco con Appendici a cura di G. Pacchioni), Torino, 1912, 489 ss.; U. BRASIELLO, *Obbligazione* (dir. rom.), in *Noviss. dig. it.* XI/1968, 554 ss.; G. CIAN, *La figura centrale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.* 2002/I, 491 ss.; M. TALAMANCA, *Obbligazione* (dir. rom.), in *Enc. dir.* XXIX/1979, 1 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, 19 ss.

uscire dalla dimensione strettamente personale del rapporto obbligatorio, questo diviene sempre più per il debitore un mero vincolo comportamentale finalizzato al soddisfacimento di un interesse del creditore per mezzo dell'esecuzione di una prestazione; in questo contesto, da subito si manifesta l'opportunità di ricondurre a casi di responsabilità contrattuale le ipotesi di danno arrecato alla persona o ai beni del creditore in sede di adempimento della prestazione dedotta in contratto ⁽¹³⁾.

Tuttavia, i primi fondamenti della civilistica in materia sono stati posti solo molto tempo dopo, quando, grazie alla dottrina Pandettistica, ha inizio l'analisi consapevole dell'obbligazione intesa come categoria generale unitaria separatamente considerabile rispetto alle singole fattispecie concrete che, di volta in volta, ne determinano la genesi. Mediante questo passaggio, infatti, si è potuto meglio cogliere il fatto che in tutte le obbligazioni possono ben essere individuati interessi "altri" rispetto a quelli rispondenti alla prestazione caratterizzante ed alla controprestazione, ossia finalità che trascendono il programma negoziale in senso stretto, ma che sono nella stessa misura di questo imprescindibili dal contesto vincolante.

⁽¹³⁾ Una dettagliata descrizione del fenomeno è fatta da L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 20 ss., 31, il quale sottolinea come, pur essendo in epoca romana il rapporto obbligatorio visto ancora come relazione semplice, non mancassero fattispecie in cui all'obbligo di prestazione si affiancasse quello di tutelare l'integrità del creditore; la differenza rispetto all'obbligazione in senso moderno risiede, pertanto, nella moderna presa di coscienza e conseguente isolamento del fenomeno protettivo.

Il primo passo in tal senso lo si deve alla teoria delle *positive Vertragsverletzungen*, nata grazie all'acume del giurista tedesco Hermann Staub, il quale, partendo da una lacuna del BGB ante-riforma ⁽¹⁴⁾, ha avuto il merito di superare la considerazione minimalista e strettamente patrimoniale che si ritrova nel puro binomio debito-credito, mettendo in luce proprio la complessità del rapporto obbligatorio ed evidenziando come la responsabilità contrattuale può derivare anche da eventi non direttamente riconducibili a difetti dell'adempimento dell'obbligazione principale; può infatti accadere che, sebbene quest'ultima sia stata correttamente e puntualmente eseguita, il comportamento del debitore abbia comunque cagionato la lesione di un diritto soggettivo del creditore ⁽¹⁵⁾. È in questi casi che assume spessore un *quid pluris* rispetto al mero interesse alla prestazione dedotta in contratto e questo apparentemente inafferrabile ulteriore contenuto necessita di essere oggetto di una qualificazione e di una disciplina entrambe chiare ed inequivocabili perché coinvolge interessi che, seppure raramente considerati dall'accordo negoziale, hanno per l'ordinamento giuridico in generale un rilievo non secondario rispetto agli scopi economicamente perseguiti.

⁽¹⁴⁾ La richiamata riforma è quella introdotta con la legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), entrata in vigore il 1° gennaio 2002 positivizzando gli obblighi di protezione al § 241 BGB. In merito si rinvia a L. LAMBO, *cit.*, 58 ss.

⁽¹⁵⁾ Così U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 65. Tra gli esempi citati si possono ricordare quello del chirurgo a cui, ad intervento terminato e ben riuscito, sfugga di mano il bisturi in tal modo ferendo il paziente così come quello del tagliaboschi che fa cadere l'albero che abbatte sulla casa del vicino del proprietario dell'albero che ne ha richiesto la prestazione.

Come appena accennato, il discorso di Staub nasce per un motivo in verità molto semplice: fino a non molto tempo fa, contrariamente al nostro codice civile il BGB non disciplinava l'ipotesi dell'inesatto adempimento, limitandosi a regolare positivamente solo i casi dell'impossibilità imputabile della prestazione e del ritardo ⁽¹⁶⁾. La conseguente considerevole lacuna nella disciplina dell'obbligazione fu quindi colmata dall'illustre giurista mediante ricorso all'applicazione analogica della disciplina già esistente (§§ 280, 286, 325 e 326 BGB), ossia di quella sul ritardo, sulla base della quale egli enuclea il fondamentale principio secondo cui «*chi viola colpevolmente un vincolo obbligatorio con un comportamento positivo deve risarcire all'altra parte i danni provocati di conseguenza*» ⁽¹⁷⁾.

Ciò facendo, peraltro, Staub denomina le – nuove - ipotesi di inesatto adempimento *positive Vertragsverletzungen*, ossia “violazioni contrattuali positive”, ove l'aggettivazione “positive” è funzionale alla distinzione rispetto alle “negative violazioni contrattuali” causative di inadempimento e mora. Le conseguenze delle violazioni contrattuali positive erano pertanto disciplinate alla stregua del ritardo, con la conseguente ammissione non solo del risarcimento dei danni da esse

⁽¹⁶⁾ H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001, 39, traduzione italiana con prefazione di R. Favale dell'originale H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1903. Sul punto si veda L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 33 ss., 43 ss.

⁽¹⁷⁾ H. STAUB, *Le violazioni*, cit., 2, 55.

cagionati, ma altresì della possibilità di chiedere la risoluzione del contratto ⁽¹⁸⁾.

Quanto affermato da Staub fu accolto con entusiasmo dai teorici e costituì terreno fertile per lo sviluppo della teoria tedesca degli obblighi di protezione, i quali, messi in luce dalla elaborazione delle violazioni contrattuali positive, trovarono il loro pieno riconoscimento nella teoria delle *Schutzpflichten*, per la quale siamo invece debitori nei confronti di Heinrich Stoll.

Questi spinge oltre l'insegnamento del suo predecessore, partendo proprio da quello che può essere considerato il punto debole della teoria delle *positive Vertragsverletzungen*. Stoll, infatti, mette finalmente in evidenza che il carattere negativo del comportamento non può essere considerato esclusivo dell'inadempimento e della mora se si considera che anche una condotta positiva può comportare l'inadempimento e che, viceversa, un'omissione può sostanziarsi in un adempimento semplicemente inesatto.

Procedendo di questo passo, Stoll definisce altresì la struttura dell'obbligazione qualificandola complessa (*Organismus*) e caratterizzata dalla coesistenza dell'interesse alla prestazione (*Leistungsinteresse*) con l'interesse alla protezione (*Schutzinteresse*), a cui corrispondono rispettivamente obblighi di prestazione e di protezione ed è su quest'ultimo aspetto che è opportuno soffermarsi.

⁽¹⁸⁾ H. STAUB, *Le violazioni*, cit., 28.

Lasciando da parte gli obblighi di prestazione che non destano problemi rilevanti in questa sede, gli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*) ⁽¹⁹⁾, vengono inseriti da Stoll nel rapporto obbligatorio in virtù dell'operatività della clausola generale di buona fede (*Treu und Glauben*) che impone ad ambedue i contraenti un condotta indifferentemente commissiva o omissiva, ma comunque protettiva degli interessi indirettamente coinvolti nell'adempimento e che si affianca al comportamento finalizzato all'adempimento della prestazione principalmente dedotta dalle parti ⁽²⁰⁾. Il meccanismo integrativo così delineato opera pertanto a prescindere dall'accordo in tal senso espresso dalle parti perché è la volontà del legislatore, di cui è manifestazione la clausola generale di *Treu und Glauben*, a determinarne le sorti.

In definitiva, premesso che, in generale, in fase di adempimento le parti devono assumere un contegno funzionale al conseguimento del risultato utile oggetto dell'obbligazione, esse devono altresì eseguire la prestazione che è stata espressamente prevista senza arrecare alterazione alcuna allo *status quo*. Tutto ciò comporta l'assunzione reciproca di una serie di obblighi che superano quelli inerenti alla prestazione di base e che la dottrina delle *Schutzpflichten* qualifica come accessori rispetto a questi ultimi. Tra questi obblighi

⁽¹⁹⁾ Il termine *Schutzpflichten* è stato coniato da KRESS, *Lehrb. des allg. Schuldrechts*, München, 1929, *passim* e ripreso da Stoll. Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 180 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 38.

ulteriori si trovano proprio quelli che sono noti come obblighi di protezione ⁽²¹⁾).

Con ciò Stoll non intende tuttavia discostarsi dal dato fondamentale per cui anche questi ulteriori obblighi, pur essendo distinti dagli obblighi di prestazione, volgono nella direzione dell'esatto adempimento dell'obbligazione complessivamente considerata ⁽²²⁾. Questo significa che colui che è legato da un vincolo obbligatorio, creditore o debitore che sia, deve fare sì che l'interesse della controparte sia interamente soddisfatto sia da un punto di vista interno al rapporto e strettamente connesso con la genesi del vincolo, sia da un punto di vista esterno alla vicenda obbligatoria in senso stretto e attinente all'inviolabilità dello *status quo* delle parti.

Mediante l'elaborazione degli obblighi di protezione pertanto, ciò che è sempre esistito in una logica di extracontrattualità migra all'interno dell'area contrattuale alla luce del contesto nel quale la lesione trova origine e ragion d'essere. Il fatto che dei soggetti entrino in contatto tra

⁽²¹⁾ Stoll, il primo, come si è visto, ad elaborare la distinzione tra interesse alla prestazione ed interesse alla protezione e tra i relativi obblighi, ravvisa altresì la possibilità di estenderne la portata oltre la fase esecutiva del contratto e, precisamente, a quella precontrattuale; questa eventualità, accolta nel diritto civile tedesco, è di dubbia configurabilità nel nostro, come si vedrà più avanti. Cfr. G. MASTRANDREA, *L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone*, Padova, 1994, 54 ss. e bibliografia ivi citata. Gli obblighi accessori in questione, di fatto, sono stati suddivisi in base alla vicinanza alla prestazione in *Nebenleistungspflichten*, se funzionali al corretto adempimento della prestazione e *Nebenpflichten*, se a presidio di beni come la salute e l'integrità dei beni delle parti, cfr. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 39, 40.

⁽²²⁾ Gli obblighi di protezione, infatti, partecipano al raggiungimento dello scopo dell'obbligazione, anche se, al contempo, la rilevanza delle *Schutzpflichten* prescinde dal fatto che la prestazione principale sia già stata o possa ancora essere correttamente adempiuta. Cfr. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 41, nota 74, 42.

loro per il regolamento dei rispettivi interessi, infatti, amplifica la possibilità che ciascuno di essi possa arrecare pregiudizio all'altro rispetto all'ipotesi di soggetti privi di contatto qualificato e giustifica la maggiore tutela.

In questo modo l'obbligazione non è più vista come un Giano bifronte in cui si contrappongono prestazione e controprestazione, ma come fattispecie articolata in una duplice fenomenologia parallela che corre su un unico binario i cui due componenti strutturali sono in più punti collegati dal nesso negoziale, con la conseguente natura contrattuale della relativa responsabilità ⁽²³⁾.

La teoria elaborata da Stoll ha per lungo tempo rappresentato la disciplina degli obblighi di protezione in Germania ed è, infine, confluita nel comma 2 del § 241 BGB, nel quale si attribuisce dignità positiva agli obblighi in esame affermando che l'obbligazione può, in considerazione del suo stesso contenuto, comportare per ciascuna delle parti l'obbligo di rispettare i diritti e prestare attenzione ai beni ed agli interessi giuridicamente rilevanti della controparte ⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ Il pensiero dottrinale in tema di *Schutzpflichten* poi, pur mantenendo l'impostazione originaria, è stato ulteriormente affinato e completato; in particolare, ma di questo di tratterà più diffusamente oltre, alcuni autori hanno ravvisato un'ulteriore distinzione all'interno degli obblighi accessori di protezione che è quella intercorrente tra obblighi di protezione in senso lato, prettamente collegati alla prestazione principale e volti a definirne in maniera più compiuta il contenuto e le modalità, e obblighi di protezione in senso proprio che (sebbene non previsti dall'accordo delle parti al pari dei primi), hanno l'obiettivo di tutelare la conservazione dell'integrità fisica e patrimoniale della controparte dai danni che possono derivare dall'adempimento o dal mero contatto negoziale. Cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1987, 10 ss.

⁽²⁴⁾ § 241, comma 2, BGB: «*Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen*

Prima di questo intervento normativo tuttavia, una conferma dottrinale successiva all'elaborazione di Stoll circa l'esistenza e la dignità autonoma del fenomeno protettivo è giunta in tempi a noi più vicini ancora una volta dallo studio tedesco, sebbene con peculiarità degne di rilievo e forse oggi meritevoli di una rinnovata considerazione.

Nei primi anni '80, infatti, un notevole saggio scritto da Canaris⁽²⁵⁾ smentisce la natura *precaria*, ossia di mero artificio correttivo delle lacune del sistema giuridico civile tedesco, attribuita da Stoll ai doveri di protezione.

Canaris, per inciso, dissente sulla natura essenzialmente aquiliana dei doveri di protezione, alla violazione dei quali all'interno di un rapporto obbligatorio Stoll fa conseguire una responsabilità conforme ai principi contrattuali solo per la necessità di non aggravare la posizione probatoria del soggetto leso in seno, comunque, ad un adempimento.

Canaris considera questa impostazione sostanzialmente errata e rinviene la ragione del suo assunto nello stesso BGB ante-riforma, là

Teilsverpflichten». A seguito della riforma gli obblighi di protezione non solo hanno ottenuto un riconoscimento positivo, ma hanno altresì guadagnato la promozione al grado di obblighi primari (*Primärpflichten*), assieme agli obblighi di prestazione (*Leistungspflichten*); gli obblighi di prestazione sono, a loro volta, distinti in obblighi principali (*Hauptleistungspflichten*, come quello di pagare il prezzo pattuito in una compravendita), e obblighi accessori alla prestazione (*Nebenleistungspflichten*, come l'obbligo di dare informazioni). In questo modo si è altresì ottenuto la consacrazione legislativa della natura complessa dell'obbligazione e della fonte legale degli obblighi di protezione, i quali, conseguentemente, esistono al di là dell'esistenza e della validità dell'interesse alla prestazione a cui si affiancano. Cfr. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 63, nota 131, 64 ss.

⁽²⁵⁾ Si tratta di W. CANARIS, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten – Schutzpflichten in Festschrift für K. Larenz zum 80*, München, 1983 la cui traduzione italiana *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione* (a cura di A. Di Majo e M. R. Marella), è pubblicata in *RCDP* 1983, 567 ss.

dove al § 618, comma I, sotto la rubrica «*Obbligo di adottare misure di protezione*», si legge che l'avente diritto alla prestazione di servizi è in linea di principio tenuto a proteggere colui il quale sia obbligato a prestarli dai rischi che possono minacciare la vita e l'integrità fisica ⁽²⁶⁾. A ciò si aggiunga che, per costante opinione, l'azione basata sull'art. 618 BGB è sempre stata di natura contrattuale proprio in considerazione del collegamento della trasgressione del suddetto obbligo con il contratto ⁽²⁷⁾.

Fin qui ciò che dice l'Autore, in altre parole, è che nessuna lacuna affliggeva il BGB e che quelli che nella traduzione italiana sono definiti doveri di protezione già esistevano nel diritto positivo tedesco, di cui Canaris, peraltro, non invoca alcuna riforma nel senso di un'espressa previsione e disciplina del fenomeno.

Peraltro, la visione di Canaris si rivela più ampia ed interessante di quella dei suoi predecessori nel momento in cui afferma che non è il contratto a rafforzare in senso protettivo la tutela della controparte, bensì il «*“rapporto particolare” che con esso entra in scena e che è già anteriormente sorto, e l'accresciuta possibilità di incidenza, da ciò*

⁽²⁶⁾ § 618, comma I, BGB: *Pflicht zu Schutzmaßnahmen «Der Dienstberechtigte hat Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet».*

⁽²⁷⁾ W. CANARIS, *cit.*, 803.

derivante, sui beni della controparte» ⁽²⁸⁾. L'argomento merita una riflessione.

Canaris semplicemente giudica riduttiva la distinzione tra pretese nascenti dalla legge e pretese nascenti dal contratto condotta sulla base del mero dato formale del momento in cui il danno si verifica e ritiene più sensato sovrapporre al contratto e alla legge un più ampio «*“unitario rapporto di protezione” (Schutzverhältnis, n.d.r.) avente titolo nella legge [...] comprensivo di doveri di protezione tanto prima che dopo la conclusione del contratto»* ⁽²⁹⁾. Quello che l'Autore configura è, quindi, un'obbligazione legale di protezione vicendevolmente gravante sulle parti a reciproco favore - nonché a carico e a vantaggio del terzo - che comprende tutti i doveri di protezione *legati* al contratto e non *in occasione* del contratto, di talché anche la fase antecedente e quella successiva a quest'ultimo ne siano interessate. L'ulteriore conseguenza è che i doveri di protezione in tal modo configurati non hanno natura accessoria e pertanto non vengono meno in caso di nullità o annullamento del contratto, né in tutti quei casi in cui un contratto non esiste ma è stato suscitato, comunque, un affidamento giuridicamente rilevante ⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ W. CANARIS, *cit.*, 806.

⁽²⁹⁾ W. CANARIS, *cit.*, 807, 822 ss.

⁽³⁰⁾ Gli obblighi di protezione così delineati da Canaris hanno un'autentica autonomia strutturale rispetto all'obbligazione principale.

Per quanto concerne poi l'aspetto della disciplina, allorquando si tratti di «*obblighi di conservazione e custodia a tutela della vita, dell'integrità fisica e della proprietà*», secondo Canaris la generica responsabilità per affidamento si traduce più specificamente in una «*responsabilità per le garanzie ricevute*» (*Anvertrauenshaftung*) che integra il vincolo negoziale giustificando in tal modo la natura contrattuale delle pretese conseguenti alla violazione dei doveri di protezione⁽³¹⁾.

Così riassunte le principali posizioni sviluppatesi in Germania in materia di obblighi di protezione, può essere messa in evidenza l'esigenza di colmare una lacuna del sistema quale motore dello sviluppo del concetto protettivo in sede obbligatoria, esigenza che, come si è visto, è stata colmata in prima battuta grazie all'apporto integrativo della buona fede ed in un secondo momento mediante una espressa previsione positiva.

Malgrado il contesto normativo non presentasse lo specifico vuoto di disciplina segnalato nel BGB tedesco, un percorso analogo è stato seguito dalla evoluzione teorica francese e da quella italiana, entrambe comunque prive di una previsione appositamente dedicata agli

⁽³¹⁾ W. CANARIS, *cit.*, 826, 827. Le conclusioni di Canaris, peraltro, non sono sconosciute a quella giurisprudenza tedesca che, anche prima della riforma, aveva ravvisato nel contatto negoziale e quindi non necessariamente nel contratto il fondamento degli obblighi di protezione. Cfr. L. LAMBO, *Obblighi*, *cit.*, 57, 58, 65; F. X. PIERRONET, *Responsabilité civile et passagers maritimes*, Marseille, 2004, 159 ss.

obblighi di protezione, sebbene ciascuna con peculiarità che meritano un esame distinto.

3. *L'approccio francese al fenomeno protettivo: les obligations de sécurité.*

Mentre in Germania la dottrina sviluppava le teorie delle violazioni contrattuali positive prima e delle *Schutzpflichten* poi, in modo del tutto indipendente in Francia la giurisprudenza in materia di contratto di trasporto di passeggeri muoveva passi analoghi introducendo la categoria delle *obligations de sécurité*⁽³²⁾.

Fondata sugli artt. 1147, 1382 e 1384 del *code civil* come obbligazione di garantire la sicurezza della controparte, la vicenda francese trae origine ufficialmente dal famoso arresto della Cassazione francese secondo il quale il vettore è tenuto a condurre il passeggero sano e salvo a destinazione dal momento in cui questi inizia la salita sul veicolo al momento in cui ha termine la discesa dal medesimo con conseguente natura contrattuale della relativa responsabilità⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Trattasi di figura di matrice giurisprudenziale che non è mai stata oggetto di un'approfondita teorizzazione da parte della dottrina. Cfr. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 158, 165, 169.

⁽³³⁾ Cour de cass. 21 novembre 1911. L'affermazione secondo la quale il vettore assume, assieme all'obbligazione di trasferimento, quella di salvaguardare l'integrità

A differenza della teorizzazione tedesca, che ha trovato ispirazione nel dato legislativo mancante sull'inesatto adempimento ed in quello esistente della clausola di buona fede ed ha avuto da subito una portata generalizzata a tutto il sistema delle obbligazioni, la teorizzazione delle *obligations de sécurité* muove i propri primi passi nell'ambito di uno specifico contratto alla luce del principio dell'autonomia della volontà che conferisce alle parti il diritto di scegliere il contenuto del vincolo; ciò ha comportato, in un primo momento, la ricerca esasperata della giustificazione dell'obbligazione di sicurezza all'interno del rapporto obbligatorio, in una visione puramente consensualistica. Solo in progresso di tempo la teorizzazione francese si è allineata con quella tedesca, conducendo le *obligations de sécurité* nell'alveo dell'integrazione legale – più o meno esplicita - del contratto, abbandonando l'area meramente volontaristica ⁽³⁴⁾.

Ad ogni modo, è da sottolineare come l'approccio francese al fenomeno sia stato da subito chiaro ed inequivocabile sia sostanzialmente, sia terminologicamente.

L'*obligation de sécurité* in senso proprio è, infatti, sempre stata intesa come *obligation déterminée de sécurité*, per via del fatto che i

fisica del passeggero deriva dalla rilevazione della disparità di trattamento esistente tra il trasporto di merci e quello di persone sostanzianti nel fatto che solo nel primo il danno causato nel corso del trasporto era riconosciuto come contrattuale, poiché nel secondo la responsabilità del vettore per infortuni o morte del passeggero aveva natura delittuale. Cfr. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 160 ss.

⁽³⁴⁾ Non c'è, pertanto, altra origine se non quella dell'affidamento del creditore, senza alcun richiamo al contatto negoziale. Cfr. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 160, 165, 170.

teorici francesi hanno dal principio messo in rilievo la differenza tra il semplice dover fare solamente ciò che impongono la diligenza e la prudenza per evitare il sinistro al creditore della prestazione di trasferimento da un lato e l'impegno affinché ad esso non derivi alcun incidente dall'altro. Evidentemente, mentre la prima ipotesi si sostanzia in una mera obbligazione generale di prudenza e diligenza, la seconda concreta una vera e propria obbligazione di condurre il passeggero a destinazione sano e salvo come autonomo impegno contrattuale determinato e di carattere autonomo, sebbene accessorio ⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ È importante mettere in luce come su questo doppio binario la civilistica d'oltralpe abbia elaborato la distinzione tra obbligazioni di mezzi (*obligation générale de prudence et diligence*) e di risultato (*obligation déterminée o de résultat*). In H. E. L. MAZEAUD – A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1957, 115 ss. Gli autori spiegano egregiamente come la suddetta distinzione, secondo la dottrina francese, è la semplice traduzione tecnico-giuridica di un approccio psicologico alla realtà dei contratti. Tutte le obbligazioni, in sintesi, si sostanziano nell'attività necessaria a realizzare l'obiettivo negoziale; tuttavia, nella mente dei contraenti la maggior parte di esse punta ad un risultato pratico ben preciso (ad es. trasportare un bene da un luogo ad un altro), ed è quest'ultimo a prevalere anche nella dinamica contrattuale. Ecco perché la categoria delle obbligazioni di risultato, in verità, è un mero artificio. Dall'altro lato, le obbligazioni di mezzi pure sono rarissime e si sostanziano in quelle in cui il debitore si impegna esclusivamente ad una condotta diligente per pervenire ad un risultato determinato, rimanendo invece il risultato all'esterno del dialogo negoziale (è il caso del medico che si impegna a curare e non già a guarire il proprio paziente). In sintesi, premesso che la certezza di ottenere quanto programmato contrattualmente non si può mai avere, il criterio distintivo tra una vera obbligazione di mezzi ed una di risultato (o di mezzi impropriamente detta), risiede nell'incertezza del risultato che, nelle obbligazioni di mezzi, è tale da non coinvolgere il debitore in caso di mancato raggiungimento dello scopo perseguito. Per quanto concerne, in particolare, il contratto di trasporto, un'obbligazione di mezzi nel senso di «un'obbligazione generale di prudenza e diligenza» è stata individuata dalla giurisprudenza francese nei successivi sviluppi delle *obligations de sécurité* con riferimento ai momenti che precedono e seguono il trasporto in cui il vettore è tenuto comunque ad un'*obligation de sécurité*, sebbene di minore portata. Cfr. Cfr. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 162. L'assunto è stato, tuttavia, smentito dalla stessa giurisprudenza di legittimità con la sentenza Cass. fr. 7 marzo 1989, ove si precisa che, premesso il principio tassativo del non cumulo tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale (*délictuelle*), l'attore non ha la possibilità di scegliere quale via seguire per ottenere il ristoro dei danni subiti, di talché il criterio discretivo deve essere esclusivamente quello dell'esistenza o meno di un contratto: conseguentemente, prima dell'inizio della salita e dopo la fine della discesa sul e dal mezzo di trasporto, non

Di conseguenza, pur essendo entrambi i casi riconducibili alla dinamica della responsabilità contrattuale, solo la seconda merita un rilievo autonomo, costituendo la prima una mera modalità di esecuzione dell'obbligazione principale ⁽³⁶⁾.

Tutto ciò ha condotto ad una visione unilaterale dell'istituto, aspetto che avvicina la civilistica francese a quella parte della dottrina tedesca che, affinando il pensiero di Stoll, addivene alla medesima distinzione tra obbligo di diligenza e obbligazione di protezione ⁽³⁷⁾. L'*obligation de sécurité*, infatti, vincola il debitore unilateralmente fino al limite della «*cause étrangère*», ossia della forza maggiore, con la precisazione che il danno alla persona del passeggero integra *ex se* l'inadempimento dell'*obligation de sécurité* ⁽³⁸⁾.

Sebbene nata nell'ambito del contratto di trasporto, la teoria delle *obligations de sécurité* ha, in progresso di tempo, trovato applicazione in

potendosi individuare alcun legame negoziale, la responsabilità deve necessariamente essere extracontrattuale. La considerazione dell'*obligation de sécurité* come *obligation de résultat* vale ancora oggi, come emerge ad esempio da Cass. fr. 5 luglio 2012, in *Rev. fr. de dr. aér.* 2012, 3, 331 ss.

⁽³⁶⁾ H. e L. MAZEAUD – A. TUNC, *Traité*, cit., 191.

⁽³⁷⁾ Cfr. *supra*, nota 23.

⁽³⁸⁾ L'*obligation de sécurité*, infatti, integrando un'obbligazione di risultato (obbligo di condurre il passeggero a destinazione *sain et sauf*) comporta che al creditore spetti solo la prova dell'inadempimento mentre sul debitore grava la dimostrazione dell'assenza di colpa. Cfr. H. e L. MAZEAUD – A. TUNC, *Traité*, cit., 93 ss., 116, 191 ss. In materia di trasporto stradale, inoltre, la teorizzazione delle *obligations de sécurité* ha superato il puro fine di semplificazione dell'onere probatorio in capo al passeggero, ammettendo che il vettore debba rispondere anche del fatto del terzo che ha causato l'incidente stradale e delle colpe leggere del viaggiatore infortunato, accollando al vettore anche i rischi tipici ma non evitabili del trasporto. Cfr. G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, 1987, 294, la quale ravvisa in ciò «*quasi un'obbligazione di garanzia che ha comportato una maggiore oggettivizzazione del caso fortuito*».

tutti quei contratti in cui essa si giustifica per dispensare la vittima dalla prova della colpa del debitore (³⁹), con l'avvertimento che all'elaborazione francese si deve anche la consapevolezza del fatto che sebbene una moltitudine di contratti possano comportare un adempimento potenzialmente pregiudizievole per la persona o i beni della controparte, è solo là dove tra la sicurezza dell'altro contraente e l'esecuzione della prestazione principale vi sia un legame stretto e necessario che può parlarsi di obbligazione di sicurezza in generale, dovendosi invece ritenere che una mera occasionalità non sia sufficiente per poter individuare una base contrattuale per la relativa responsabilità.

La posizione francese, in sintesi, sebbene non tradottasi a livello nazionale in alcuna previsione espressa, ancora oggi è riconosciuta come valida e costituisce il fondamento giuridico di tutti quei congegni protettivi che gravano sul debitore ogniqualvolta la prestazione principale da questi dovuta non abbia essa stessa ad oggetto la protezione (⁴⁰), ma ciò nonostante trovi il proprio ambiente esecutivo direttamente nella persona o nei beni della persona del creditore.

Il motivo di un tale successo è probabilmente dovuto al rigido divieto del cumulo tra azione contrattuale ed extracontrattuale impostosi

(³⁹) Attualmente, infatti, l'*obligation de sécurité* interessa molteplici ambiti, fra i quali la vendita di prodotti, la prestazione di servizi, la professione medica e il rapporto di lavoro. Il successo della categoria in esame, peraltro, è dovuto in larga parte al principio del non-cumulo tra azione contrattuale ed extracontrattuale che, tuttora, rigidamente vige in Francia. Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 158.

(⁴⁰) Come nel caso dei c.d. contratti di protezione, così definiti dalla giurisprudenza. Cfr. Cass. 11 novembre 2008 n. 26972.

in Francia a partire dalla seconda metà del XIX secolo, impostazione che ha reso necessario il riconoscimento del fenomeno protettivo e l'individuazione di un suo preciso ambito nella prima o nella seconda forma di responsabilità, anche se, ancora oggi e malgrado le ragioni della nascita delle *obligations de sécurité*, la giurisprudenza oscilla tra la qualificazione contrattuale o delittuale delle *obligations de sécurité* ⁽⁴¹⁾.

4. *L'elaborazione italiana in tema di obblighi di protezione.*

In Italia sono stati numerosi gli autori che hanno manifestato interesse per l'argomento protettivo in sede obbligatoria contribuendo, con il proprio apporto singolare, ad un vivace dibattito sugli obblighi di protezione e sulla relativa disciplina ⁽⁴²⁾.

Tra costoro, il primo a dare una dimensione contrattuale al fenomeno affermando che «*il debitore di un'obbligazione è tenuto a tutte le obbligazioni accessorie che rappresentano il mezzo necessario per il raggiungimento dello scopo economico dell'obbligazione principale*» è stato Asquini, in uno scritto in tema di trasporto di persone pubblicato

⁽⁴¹⁾ Cfr. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 161.

⁽⁴²⁾ Si segnala, al contrario, la non incisività del ruolo della giurisprudenza che ha solo in misura minima contribuito alla definizione del concetto di obblighi di protezione, limitandosi, nella gran parte dei casi, ad un approccio strettamente casistico riconoscendone o negandone di volta in volta l'esistenza nella fattispecie concreta.

ben prima dell'entrata in vigore del codice del '42 ⁽⁴³⁾. La precisazione non è casuale. La dottrina italiana, infatti, pur avendo intrapreso l'approfondimento del fenomeno protettivo, restò a lungo fedele all'impostazione romanistica dell'obbligazione intesa come mero scambio tra prestazione e controprestazione persino dopo che il legislatore del '42 ebbe introdotto il dovere di correttezza (art. 1175 c.c.) ⁽⁴⁴⁾ e che la Costituzione ebbe illuminato di portata solidaristica detto canone (art. 2 Cost.).

Asquini, in un momento in cui il contratto di trasporto di persone ancora viveva nel silenzio della legge nazionale ⁽⁴⁵⁾, nell'auspicarsi con lungimiranza un intervento normativo cogente che introducesse «*la responsabilità obiettiva per gli infortuni arrecati ai viaggiatori e ai terzi che ponesse a carico del vettore tutti i casi fortuiti inerenti all'industria dei trasporti restando esclusi al massimo i casi di forza maggiore in senso romanistico e quelli implicanti una colpa del viaggiatore*» ⁽⁴⁶⁾, nel suo elaborato esamina con acuta precisione sia tutte le teorie elaborate fino a quel momento, sia quelle astrattamente ipotizzabili per una

⁽⁴³⁾A. ASQUINI, La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore, in Riv. dir. comm. 1919/I, 350 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 66 ss.

⁽⁴⁵⁾ Il codice del 1865, infatti, non conteneva una disciplina del contratto di trasporto, mentre il codice del commercio dedicava ad esso gli artt. 388 ss. nella sola forma avente ad oggetto cose. Tuttavia, come si vedrà oltre nella trattazione, il primo conosceva la figura dei vetturini, i quali si incaricavano del trasporto di persone o cose per via terrestre o acqua.

⁽⁴⁶⁾ A. ASQUINI, *cit.*, 356.

definizione della responsabilità del vettore nel caso in cui un infortunio fosse subito da un passeggero, nell'intima ma consolidata consapevolezza della peculiarità della fattispecie e pur tuttavia senza mai richiamare la figura degli obblighi di protezione.

Essi, tuttavia, traspaiono in versione tendenzialmente stolliana nel momento in cui Asquini afferma che il debitore è tenuto a tutte le obbligazioni accessorie che siano il mezzo indispensabile perché l'*opus* promesso abbia luogo ⁽⁴⁷⁾, in tal modo sia distinguendo tra la prestazione (l'*opus*) e la protezione, alla quale l'Autore attribuisce senza mezzi termini un ruolo autonomo e accessorio in seno alla responsabilità contrattuale ⁽⁴⁸⁾, sia rendendo la protezione funzionale al corretto e soddisfacente adempimento dell'obbligazione principale dedotta in contratto.

In poche parole, prendendo le mosse dalla disciplina della locazione d'opera contenuta nel codice civile del 1865, figura nella quale lo stesso codice ricomprendeva, peraltro, la figura dei c.d. vetturini, ossia di coloro che «*si per terra come per acqua si incaricano del trasporto delle persone o delle cose*» (art. 1627, 2°, c. civ. abr.) ⁽⁴⁹⁾, Asquini parte

⁽⁴⁷⁾ Il citato principio logico-formale era ben noto alla dottrina elaborata sotto il codice previgente e prescindeva totalmente dalla buona fede, basandosi, invece, sui criteri della *necessità* e della *non contraddizione*, come insegna U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 49 ss., il quale, si noti, critica l'applicazione fattane da Asquini.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. A. ASQUINI, *cit.*, 360.

⁽⁴⁹⁾ Sul punto si veda G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, Milano, 1990, 1124.

dalla premessa per cui è principio generale delle obbligazioni quello secondo il quale il debitore è tenuto a compiere tutte quelle attività che si rivelano necessarie per il corretto adempimento dell'obbligazione principale etira le fila di un discorso che già il dato positivo introduceva, affermando che il vettore deve fare tutto il possibile per condurre il passeggero sano e salvo a destinazione.

L'assunto, come si può notare, con l'eccezione della reciprocità degli obblighi asserita da Asquini, è molto vicino alle *obligations de sécurité* francesi, ma viene comunque messo in discussione quando il codice civile del 1942 riconosce che sia il debitore, sia il creditore hanno il dovere di comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.) ⁽⁵⁰⁾. A partire da questo momento, infatti, la teorizzazione degli obblighi di protezione assume maggiore spessore, ma è altresì caratterizzata da una costante incertezza.

In questo contesto, la prima autorevole interpretazione delle novità introdotte positivamente a livello nazionale ci deriva da Betti ⁽⁵¹⁾.

Con un'iniziale condivisione teorica dei principî che hanno condotto la dottrina tedesca a riconoscere dignità autonoma ma accessoria agli obblighi di protezione, secondo l'Autore il dovere di

⁽⁵⁰⁾ L'art. 1175 c.c. positivizza nel nostro ordinamento il principio (accolto dalla dottrina italiana già sotto la vigenza del codice del 1865 ed ereditato da quella tedesca), della buona fede oggettiva intesa come «*condotta leale e corretta che deve caratterizzare le prestazioni di due soggetti posti formalmente sullo stesso piano*». Cfr. G. VISINTINI, *Inadempimento*, cit., 273, 274 nota 2.

⁽⁵¹⁾ L'opera di riferimento in materia è E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Prolegomeni*, Milano, 1953.

comportarsi secondo correttezza è espressione della formale presa di coscienza da parte del legislatore italiano dell'esistenza proprio di quegli interessi "altri" rispetto a quelli inerenti alla sola prestazione principale⁽⁵²⁾. La peculiarità di tali interessi è che essi impongono reciprocamente alle parti in sede di adempimento di astenersi dal porre in essere atteggiamenti che possano ledere l'integrità personale o patrimoniale della controparte, analogamente a quanto prevede il principio dell'*alterum non laedere* allorquando dietro il danno non vi sia un retroscena contrattuale.

Ciò che appare con evidenza (e in questo si coglie un discostamento rispetto alle teoriche tedesche e francesi, ma anche da quella dell'Asquini), è il connotato essenzialmente negativo che Betti attribuisce al dovere di correttezza ed al comportamento che ne rappresenta la traduzione pratica, aspetto che fa quasi pensare ad una forzatura interpretativa conseguente all'interessesuscitato dall'introduzione del principio di correttezza e al sentito dovere di distinguerlo da quello di buona fede, ben più consolidato nella dottrina. A quest'ultimo, infatti, viene da Betti attribuito contenuto necessariamente positivo, ossia di cooperazione attiva per la conservazione dello *status quo* in un'ottica di complementarità con il dovere di correttezza.

Non si può tacere, a questo proposito, che la Relazione al codice civile in qualche modo forniva un supporto autorevole a questa

⁽⁵²⁾ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 68, 76, 92.

impostazione, affermando che: «*la correttezza che impone l'art. 1175 c.c. [...] non è soltanto un generico dovere di condotta morale; è un dovere giuridico qualificato dall'osservanza dei principî di solidarietà [...] questo dovere di solidarietà [...] non è che il dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio, in maniera che [...] ogni atto di esercizio del diritto che, nell'esclusivo e incivile perseguimento dell'interesse proprio, non urti contro l'interesse pubblico al coordinamento delle sfere individuali*»⁽⁵³⁾. È quindi evidente che quanto sostenuto da Betti aveva le sue buone ragioni di essere, posto che lo stesso legislatore prefigura sostanzialmente in termini di astensione il contenuto della correttezza, dopo averne definito i contorni alla luce del principio di solidarietà.

Dalla teoria di Betti pertanto, si ottiene che gli obblighi di protezione sono il prodotto della sola correttezza e che quindi essi si sostanziano esclusivamente in un impegno dal contenuto negativo di astensione dall'ingerenza nell'altrui sfera giuridica⁽⁵⁴⁾. Tutto ciò che è fattiva collaborazione è invece ricondotto dall'Autore alla buona fede contrattuale, dalla quale discendono obblighi integrativi del contenuto obbligatorio. In definitiva, secondo Betti nell'ambito di un'obbligazione occorre distinguere tra la buona fede, che integra il contenuto obbligatorio ponendo a carico di entrambe le parti una serie di doveri ulteriori rispetto

⁽⁵³⁾ Relazione al Libro delle obbligazioni, Roma, 1941, 344,345.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 68 e *passim*.

a quelli scaturenti dalla volontà o dalla diversa fonte del vincolo nella misura in cui ciò sia utile a tutelare il diritto della controparte ⁽⁵⁵⁾, e la correttezza, la quale invece impone semplicemente di astenersi da condotte che, seppure giustificate dalla necessità di adempiere la prestazione dovuta, possano portare ad esiti pregiudizievoli per l'integrità personale o patrimoniale di uno dei contraenti.

Entrambi i tipi di obbligo hanno, pertanto, portata bilaterale e la conseguenza di questa impostazione rileva in caso di inosservanza degli stessi. Pur essendo la violazione di entrambi i tipi di obblighi fonte di responsabilità contrattuale, da un lato quelli derivanti dall'interpretazione del contratto secondo buona fede integrano il contenuto negoziale assumendo un ruolo primario e distinto dall'obbligazione principale, il che li rende autonomamente azionabili; dall'altro lato, gli obblighi che nascono dal dovere di correttezza sono considerati meramente strumentali rispetto alla nuda prestazione e pertanto il loro mancato rispetto può solo tradursi nell'inadempimento dell'obbligazione principale ai sensi dell'art. 1218 c.c. ⁽⁵⁶⁾.

In sintesi, quasi sentitosi in dovere di creare un proprio spazio al dovere di correttezza, Betti ha ritenuto corretto porre detto principio in posizione di complementarietà nei confronti della buona fede attribuendo al primo la parte negativa del fenomeno protettivo e lasciando quella

⁽⁵⁵⁾ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 94.

⁽⁵⁶⁾ E. BETTI, *cit.*, 92 ss.

positiva ad una buona fede intesa in senso “integrativo” del contenuto del vincolo, qualsiasi sia la sua fonte ⁽⁵⁷⁾. A questo primo aspetto di novità deve aggiungersi la ricollocazione sistematica del fenomeno all'interno dell'obbligazione: secondo l'Autore, infatti, gli obblighi integrativi non sono tutti uguali. Tra di essi, sulla base dell'esigibilità in giudizio può distinguersi tra obblighi integrativi primari e obblighi integrativi strumentali, i primi con uno «*scopo ausiliario a sé stante*» e, quindi, autonomamente esigibili, i secondi con il ruolo di assicurare l'adempimento della prestazione a cui sono connessi in modo inscindibile in modo tale da essere impensabile per essi un'azione in giudizio autonoma. ⁽⁵⁸⁾.

La teoria di Betti, peraltro, per quanto notevole non convinse tutti i commentatori successivi, i quali dalla stessa presero spunto per ulteriori diverse e altrettanto lodevoli elaborazioni teoriche in materia.

L'esistenza degli obblighi di protezione, infatti, è stata successivamente confermata da Mengoni, il quale, sulla scia dell'elaborazione compiuta dall'illustre predecessore, parla di obblighi integrativi di protezione, sebbene con qualche distinguo, anzitutto

⁽⁵⁷⁾ Cfr. E. BETTI, *cit.* 96. Betti ha voluto in tal modo «*differenziare nettamente quel che è semplice conservazione dell'interesse della controparte, da quel che è positivo adempimento dell'aspettativa di essa controparte riguardo al futuro*», in questo modo allontanandosi da quanto teorizzato da Asquini, il quale ricomprendeva nell'ambito dei doveri protettivi «*qualsiasi obbligazione accessoria*», senza distinzione sul contenuto commissivo od omissivo delle stesse.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. E. BETTI, *cit.* 96 ss.

terminologico, che enfatizza l'origine del fenomeno protettivo e la collocazione dello stesso nella dinamica negoziale.

Infatti, partendo, dalla sostanziale identificazione tra i due concetti della buona fede e della correttezza, Mengoni preferisce parlare di obblighi integrativi di correttezza, come l'art. 1175 c.c. impone, affermandone anche egli la posizione accessoria e la natura autonoma, senza tuttavia sostenerne l'autonoma esigibilità ⁽⁵⁹⁾.

Egli, inoltre, acutamente precisa la teoria di Betti, sottolineando come la finalità negativa di siffatti obblighi che mirano alla conservazione dello *status quo*, non comporti necessariamente un contenuto negativo ⁽⁶⁰⁾.

Il genio di Mengoni, infatti, supera la tanto affermata natura essenzialmente extracontrattuale dei doveri protettivi, non già portandoli, bensì *rinvenendoli* direttamente dentro il vincolo obbligatorio per il tramite della buona fede ⁽⁶¹⁾. Per meglio dire, secondo l'Autore la buona fede integra da subito il contratto con un'ulteriore obbligazione di sicurezza di contenuto indifferentemente positivo o negativo, che è l'originario e unico fondamento dogmatico degli obblighi di protezione

⁽⁵⁹⁾ Pur avendo essi un contenuto autonomo, tale non è la loro natura. Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., 371, nota 17.

⁽⁶⁰⁾ L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., 368. Si noti che l'Autore nega, rispetto alla teoria di Betti, che possa essere attribuita natura di obblighi di protezione ai c.d. «*obblighi secondari non autonomi*» o «*obblighi integrativi strumentali*», i quali, privi di uno scopo autonomo, hanno la sola finalità di assicurare l'adempimento della prestazione principale di cui rappresentano la mera specificazione contenutistica e che non sono, pertanto, autonomamente azionabili.

⁽⁶¹⁾ L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., 369.

(⁶²) con ciò affermando anzitutto il parallelismo tra obbligazione primaria e obbligazione di sicurezza (⁶³), nonché la dipendenza strutturale della seconda rispetto alla prima nel senso che il contenuto e la misura degli obblighi di protezione sono dati dal rapporto specifico in cui sono inseriti (⁶⁴).

Mengoni, in sostanza, afferma che semplicemente il rapporto obbligatorio si presenta come vicenda complessa all'interno della quale non può mancare anche una «*collaterale obligation de sécurité*» (⁶⁵) che si sostanzia nel preservare la persona e le cose della controparte dalla possibilità che un danno possa derivare dallo svolgersi della particolare relazione istituita in virtù del vincolo negoziale (⁶⁶).

Malgrado la coincidenza semantica, l'*obligation de sécurité* di Mengoni si distanzia dall'omonima figura elaborata dalla giurisprudenza francese sul punto dell'attribuibilità della stessa: la natura unilaterale

(⁶²) Cfr. L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale* (dir. vig.), in *Enc. dir.* XXXIX/1998, 1072, 1098.

(⁶³) Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., 370, nota 17 e 371.

(⁶⁴) E non dal principio del *neminem laedere*. Cfr. L. MENGONI, *Responsabilità*, cit., 98.

(⁶⁵) L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., 372.

(⁶⁶) Si tratta, come precisa l'Autore, della risposta ad un interesse negativo di protezione che si traduce, tuttavia, in un contegno di sostanza non esclusivamente negativa.

della figura d'oltralpe, infatti, è sostituita, nella visione di Mengoni, da una essenziale reciprocità ⁽⁶⁷⁾.

A questo punto, un interessante posizione in tema di protezione è fornita da chi afferma che i doveri protettivi si concretano in un interesse semplice e non giuridico. Il principale esponente di detto pensiero è Majello, il quale sostiene l'inutilità della prospettata natura di obbligazione del fenomeno protettivo ⁽⁶⁸⁾. A detta dell'Autore infatti, può ipotizzarsi l'esistenza dei soli generici doveri di protezione gravanti su ogni componente della collettività a favore di chiunque, derivanti dal principio del *neminem laedere* e, quindi, di natura essenzialmente extracontrattuale, di talché non avrebbe alcun senso parlare di obblighi - e ancor meno di obbligazioni - contrattuali di protezione. Ad avviso dell'Autore, pur non potendosi in linea di principio escludere che un dovere di protezione acceda ad un rapporto obbligatorio, semplicemente nel caso di danni derivanti dalla sua inosservanza è opportuno riconoscere la possibilità di agire in via contrattuale. In altre parole, il fatto che un rapporto obbligatorio renda necessario attivarsi in via protettiva – sempreché non si tratti di un dovere preesistente alla nascita

⁽⁶⁷⁾ Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., 368.

⁽⁶⁸⁾ «Se, invero, anche il dovere di protezione fosse in correlazione con un diritto soggettivo, esso non sarebbe più tale, ma si sostanzierebbe in un dovere di prestazione, cioè in una obbligazione vera e propria. In tal caso la distinzione tra dovere di protezione e dovere di prestazione non avrebbe più alcuna ragione di essere», U. MAJELLO, *Custodia*, cit., 67. Queste parole dell'Autore, in realtà, dimostrano la necessità di evitare l'approssimazione terminologica. Infatti, basta distinguere tra prestazione caratterizzante e prestazione di protezione per aver chiara la differenza tra le due diverse prestazioni senza dover rinunciare a definirle tali solo per trovare in loro una distinzione.

dell'obbligazione – lascia strutturalmente intatta la natura aquiliana del dovere di protezione aprendo però la strada alla tutela contrattuale. La conseguenza dell'impianto elaborato da Majello è che essendo invariabile la natura di dovere della protezione, ad essa si ricollega un mero interesse semplice e non giuridico «*che si trasforma in interesse protetto solo quando la violazione del dovere sia stata la causa della lesione di un diritto, alla cui tutela il dovere era diretto*»⁽⁶⁹⁾.

Per queste ragioni Majello giunge alla conclusione per cui se è vero che la responsabilità aquiliana deriva dalla violazione di doveri di protezione, non è altrettanto vero che la violazione di un dovere di protezione comporti necessariamente una responsabilità di tipo contrattuale, la quale, pertanto, non è esclusiva conseguenza dell'inadempimento di un'obbligazione in senso tecnico⁽⁷⁰⁾.

In questo modo, l'Autore appiattisce la distinzione tra responsabilità contrattuale e aquiliana, obliterando del tutto elementi quali la specificità delle misure di protezione, la loro predeterminazione e la loro correlazione ad un'obbligazione a cui sono strettamente legate, elementi che ne determinano una specificazione tale da essere impensabile per un generico dovere di non ledere alcuno, sebbene egli dimostri di conoscerla differenza tra quei doveri di protezione

⁽⁶⁹⁾ U. MAJELLO, *cit.*, 60, 67.

⁽⁷⁰⁾ U. MAJELLO, *cit.*, 60.

preesistenti al contratto e ad esso non relati e quelli – rispettando la terminologia dell’Autore – che accedono al rapporto obbligatorio.

La difficoltà che Majello incontra nel mantenere il fenomeno protettivo legato all’esecuzione di un contratto nell’alveo del semplice dovere di protezione emerge chiaramente quando, proprio in tema di trasporto di persone, afferma che «*in queste e simili ipotesi ci troviamo di fronte a casi di responsabilità contrattuale che non si ricollegano all’inadempimento di un dovere di prestazione, bensì all’inadempimento di un dovere di protezione, il cui contenuto è rappresentato dalla diligenza del buon padre di famiglia e non da una determinata attività di prestazione*»⁽⁷¹⁾. Dall’assunto emergono alcuni punti critici. Il primo, di natura evidentemente terminologica, è dovuto alla necessità di superare l’ostacolo derivante dal forzare la convivenza tra un’obbligazione in senso tecnico ed un dovere extracontrattuale convogliandoli verso un unico regime di responsabilità: l’Autore, infatti, riconduce quasi apoditticamente all’inadempimento le lacune in entrambi i casi. Il secondo, di natura sostanziale, riguarda invece il contenuto del dovere di protezione che è individuato nella diligenza del buon padre di famiglia. Oltre al fatto che è opinabile che la diligenza in seno ad un contratto possa costituire derivazione del principio del *neminem laedere*

⁽⁷¹⁾ U. MAJELLO, *cit.*, 104 ss., 138, il quale, in sintesi, riconduce i doveri di protezione all’operatività dell’art. 1176 c.c., ossia alla diligenza. Tuttavia, una simile sovrapposizione deve ritenersi impossibile e non più predicabile sia in ossequio ad una chiara distinzione legislativa tra buona fede e diligenza che, diversamente, diverrebbe superflua, sia per la differente funzione svolta dalle due formule, come sottolinea G. VISINTINI, *Inadempimento*, *cit.*, 169 ss., 286.

(⁷²), l'Autore non fornisce adeguata spiegazione alla negazione della possibilità che un contenuto protettivo possa assumere il rango di prestazione.

Non a caso, l'isolata teoria di Majello sul fenomeno protettivo si pone in aperto contrasto con quella della dottrina a lui precedente, contemporanea e successiva che, viceversa, differenzia prestazione e protezione non tanto per il contenuto, quanto per la funzione (⁷³). Evidentemente, ciò che è sfuggito a questo Autore è che il fatto che un'obbligazione di sicurezza possa essere dedotta essa stessa come cuore del programma negoziale ovvero sia legata inscindibilmente ad un'altra obbligazione in un contesto obbligatorio in cui solo la seconda rappresenti la finalità economicamente rilevante, costituisce già di per sé una notevole differenza strutturale che è quella che intercorre tra un'obbligazione autonoma principale ed un'obbligazione, anch'essa autonoma ma, a seconda delle tesi, accessoria, strumentale o collaterale.

(⁷²) La diligenza è, per costante opinione, metro valutativo del comportamento del debitore in sede di adempimento e della sua conformità al programma negoziale. Cfr. S. RODOTÀ, *Diligenza* (dir. civ.), in *Enc. dir.* XII/1964, 542. Esso svolge, pertanto, la funzione di mero criterio di responsabilità del solo debitore e non è in grado di aggiungere alcunché in termini di contenuti obbligatori, limitandosi a specificare la prestazione dovuta, come osserva L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 126..

(⁷³) Si vedano in tal senso le opere di Betti e Mengoni. La tesi di Majello è stata in qualche modo rivista e rilanciata circa un ventennio dopo da chi nega in generale la natura autonoma e la posizione accessoria o strumentale della protezione, relegandola al ruolo di mero fenomeno integrativo del rapporto negoziale (con l'eccezione del contratto di trasporto di persone o di cose, in cui la protezione è strumentale all'interesse specificamente dedotto). Cfr. S. CICCARELLO, *Dovere di protezione*, cit., *passim*; per la protezione nello specifico contratto di trasporto si veda ID, 104. Ciccarello, tuttavia, non riconduce alla diligenza l'esistenza del dovere di protezione ma ad un intervento – integrativo, per l'appunto – autoritativo legale relativo ad un interesse fondamentale esterno al rapporto. La tesi rimane, comunque, isolata.

L'autonoma configurabilità degli obblighi di protezione è in buona misura smentita anche da Natoli, il quale invece afferma che essi sarebbero mere specificazioni dell'obbligazione principale ⁽⁷⁴⁾.

L'Autore recupera il carattere unilaterale dei doveri di protezione (o di sicurezza), i quali nascono dal «*contatto sociale*» derivante dal rapporto obbligatorio alla luce del principio di correttezza sancito dall'art. 1175 c.c., per cui essi gravano solo sul debitore come mere specificazioni di un unico adempimento, o meglio, dell'adempimento dell'obbligazione dedotta in contratto, ma non riconosce ad essi una posizione né accessoria né, tantomeno, autonoma.

Esclusa, pertanto, la portata integrativa della buona fede o della correttezza e la conseguente costituzione di un'obbligazione di protezione, il fenomeno protettivo si sostanzia, secondo la teoria in esame, esclusivamente nella regola di correttezza intesa come semplice norma di condotta che impone alle parti un *modus* comportamentale facente sì che esse tengano un contegno tale «*da non ledere l'interesse dell'altro fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio*» ⁽⁷⁵⁾.

Natoli, quindi, supera la distinzione tra il ruolo della buona fede e quello della correttezza, riaccorpandoli in un unico metro valutativo del

⁽⁷⁴⁾ L'opera di riferimento è U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del creditore, e Il comportamento del debitore*, entrambi in Trattato di diritto civile e commerciale (a cura di S. Cicu-F. Messineo), IV, Milano, 1984.

⁽⁷⁵⁾ U. NATOLI, *Il comportamento del creditore*, cit., 29.

comportamento del debitore destinato ad operare in sede di adempimento e, come tale, validocriterio di considerazione dello stesso da parte del giudice in un'eventuale fase patologica del rapporto obbligatorio.

A ben vedere, tuttavia, gli obblighi di protezione da correttezza in tal modo descritti da Natoli non sembrano differire più di tanto dalla diligenza *ex art. 1176 c.c.* che lo stesso Autore descrive come «*attività strumentale a quella esplicitamente prevista*»⁽⁷⁶⁾, soprattutto nel punto egli in cui nega la natura accessoria dei primi⁽⁷⁷⁾ e afferma che «*la violazione dei doveri generici di lealtà e correttezza previsti dagli artt. 1175 e 1375 dà luogo a responsabilità per danni soltanto quando concreti la violazione di un diritto altrui, già riconosciuto in base ad altre norme*»⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ U. NATOLI, *Il comportamento del debitore*, cit. 82.

⁽⁷⁷⁾ La natura accessoria viene negata sulla scorta della possibilità per il creditore di rifiutare la prestazione o agire per la risoluzione per inadempimento in caso di inosservanza dell'obbligo protettivo, argomento svolto con riferimento all'art. 2087 c.c.

⁽⁷⁸⁾ U. NATOLI, *Il comportamento del creditore*, cit., 23, 29. Secondo Natoli, infatti, «*la prestazione comprende tutte le attività che, anche se non esplicitamente dedotte in obbligazione, appaiono indissolubilmente concatenate in funzione del risultato in relazione al quale si specifica l'oggetto del rapporto*» imponendo unilateralmente al debitore il compimento di tutte quelle attività necessarie «*per dare l'opera compiuta*» e accogliendo così una visione unitaria ed omnicomprensiva dell'adempimento. Tuttavia, egli tenta di dare rilievo agli obblighi di protezione facendoli confluire nella correttezza e buona fede ma attribuendo a queste un ruolo di specificazione non diverso da quello derivante dalla diligenza. Sembra quasi che l'Autore voglia convincere il lettore che, malgrado la comunanza di ruoli, diligenza e correttezza – e buona fede – differiscano per il contenuto, ma se si legge attentamente la sua opera si scopre che il contenuto è il medesimo: adempimento dell'obbligazione la prima e adempimento dell'obbligazione la seconda. L'affermazione non è del tutto errata ma pecca laddove anche gli obblighi di protezione vengono ricondotti indistintamente alla buona fede e correttezza, sia che siano strumentali (che l'Autore, incautamente descrive “accessori alla prestazione”, con ulteriore confusione concettuale), sia che siano accessori (accessorietà che poi, si ribadisce, l'Autore nega poco dopo nella stessa trattazione). Cfr. U. NATOLI, *Il comportamento del creditore*, cit., 17 e 18.

La breve analisi fin qui svolta consente di cogliere come l'elaborazione italiana si contraddistingua per la riposta variegata che la dottrina delle origini degli obblighi di protezione ha fornito (e quella più prossima ai giorni nostri continua a riservare), all'argomento. A differenza di quanto accaduto in Francia e Germania, infatti, i principî di buona fede, correttezza e diligenza si sono contesi il campo nell'ambito di teorizzazioni più o meno complesse e mai affermatesi in maniera tale da ergersi al rango di visione dominante e non è da escludere che il motivo di ciò vada ricercato nel mancato intervento chiarificatore della giurisprudenza che, invece, fuori dall'Italia è stato capace di dettare la via da seguire. Il dato normativo italiano, infatti, al pari di quello tedesco ante-riforma e francese non dispone espressamente a favore dell'esistenza degli obblighi di protezione, sebbene possano in esso essere rinvenuti alcuni aspetti fortemente indizianti nel senso della loro autonomia.

5. L'impostazione originaria del codice civile e del codice della navigazione italiani.

Come si è detto in precedenza, il codice civile del 1942 introduce per la prima volta nell'ordinamento italiano il canone della correttezza,

immettendo così nel sistema un nuovo stimolo alla teorizzazione degli obblighi di protezione che, per l'appunto, in ciò ha trovato grande motivazione. Tuttavia, questo non è il solo elemento rilevante in materia. È di assoluto rilievo, infatti, la circostanza secondo la quale con l'entrata in vigore del codice civile e del coevo codice della navigazione si assiste alla delineazione di un contratto che solo in quel momento assume, nella variante del trasporto di persone, un'utilità giuridicamente autonoma ⁽⁷⁹⁾, e nel quale il concetto di protezione è pregnante.

I due testi normativi, in particolare, risolvono implicitamente le dispute sulla natura della responsabilità del vettore per i danni cagionati alla persona del passeggero, con un'impostazione a favore non solo di un'aprioristica contrattualità della relativa responsabilità, ma altresì dell'esistenza di un'autonoma obbligazione di protezione che incombe sul vettore ⁽⁸⁰⁾.

A favore di questa tesi vi è, anzitutto, il dato letterale. L'art. 1681 c.c. infatti ⁽⁸¹⁾, detta un sistema di risposta all'eventuale sinistro occorso

⁽⁷⁹⁾ Con riferimento al trasporto marittimo di persone si esprime in tal senso A. ZAMPONE, *Il rischio dell'impossibilità della prestazione nel contratto di passaggio*, Napoli, 2008, 6. Cfr. anche G. ROMANELLI, *I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, in Il cinquantenario del codice della navigazione (a cura di L. Tullio – M. Deiana), Cagliari, 1993, 223, 224.

⁽⁸⁰⁾ V. A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., 11 ss.

⁽⁸¹⁾ Art. 1681 c.c.: «*Salva la responsabilità per il ritardo e per l'inadempimento nell'esecuzione del trasporto, il vettore risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio e della perdita o avaria delle cose che il viaggiatore porta con sé, se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. Sono nulle le clausole che limitano la responsabilità del vettore per i sinistri che colpiscono il viaggiatore. Le norme di questo articolo si osservano anche nei contratti di trasporto gratuito*».

al passeggero durante il trasporto che, invertendo l'ordinario onere probatorio, avvicina al segno contrattuale la relativa responsabilità ⁽⁸²⁾. Il codice della navigazione, dal canto suo, con norma inderogabile e distinta rispetto a quella che regola la responsabilità del vettore per ritardo ed inadempimento ⁽⁸³⁾, stabilisce anch'esso a carico del vettore una presunzione di responsabilità per le lesioni riportate dal passeggero, prevedendo la possibilità di esonerarsi con la dimostrazione della non imputabilità della causa dell'evento lesivo o dell'adempimento diligente ⁽⁸⁴⁾.

La scelta non è aprioristica ma opportunistica.

⁽⁸²⁾ A tal proposito piace a chi scrive riportare le parole di Majello, il quale osserva che «ogni soluzione legislativa se talvolta, risolvendo un problema specifico, rappresenta in un certo senso un progresso tecnico, quasi mai invece favorisce un progresso rispetto al pensiero giuridico preesistente, anzi spesso, come nel nostro caso, costituisce una remora per un suo ulteriore sviluppo». U. MAJELLO, *Custodia*, cit., 124, nota 42.

⁽⁸³⁾ Art. 409 c. nav.: «Il vettore è responsabile per i sinistri che colpiscono la persona del passeggero, dipendenti da fatti verificatisi dall'inizio dell'imbarco sino al compimento dello sbarco, se non prova che l'evento è derivato da causa a lui non imputabile». L'inderogabilità è sancita dall'art. 415 c. nav. L'art. 942 c. nav., in ambito di trasporto aereo di persone, prevedeva che «Il vettore risponde [...] per i sinistri che colpiscono la persona del passeggero, dall'inizio delle operazioni di imbarco al compimento di quelle di sbarco, a meno che provi che egli e i suoi dipendenti e preposti hanno preso tutte le misure necessarie e possibili, secondo la normale diligenza, per evitare il danno», sebbene con disposizione unitariamente riferita anche all'inadempimento e al ritardo. Si deve segnalare che, prima della riforma della parte aeronautica, essendo questa parte del codice della navigazione stato redatto traendo spunto dalla Convenzione di Varsavia del 1929, l'art. 943 c. nav. comma primo limitava il debito del vettore aereo per la responsabilità in caso di morte e lesioni del passeggero (ma anche in caso di ritardo o inadempimento), a 5 milioni e 200 mila lire. Sul punto si veda più approfonditamente *infra* § 8; sulla nozione di preposto si rinvia a M. M. COMENALE PINTO, *La nozione di «preposto» nel trasporto aereo*, in *Dir. trasp.* 2001, 371 ss.; M. PIRAS, *Gli ausiliari nel trasporto marittimo e aereo. Funzioni e responsabilità*, Cagliari, 2005.

⁽⁸⁴⁾ Sulla nascita del codice della navigazione è interessante leggere il saggio di A. SERRA, *Dal codice di commercio al codice della navigazione*, in *Il cinquantenario del codice della navigazione* (a cura di L. Tullio – M. Diana), Cagliari, 1993, 5 ss.

Il punto di partenza è che, come è noto, la responsabilità può essere contrattuale o extracontrattuale: *tertium non datur*. Sebbene non sia errato ammettere che la responsabilità possa avere origine diversa da quella aquiliana e contrattuale, sostenere in base a ciò l'esistenza di altri tipi autonomamente configurabili di responsabilità avrebbe poco senso.

Premesso, infatti, che la stessa bipartizione tra contrattualità ed extracontrattualità è inesatta giacché la prima non si limita a sanzionare le conseguenze di un comportamento inadempiente in ambito contrattuale, ma svolge i suoi effetti in qualsiasi ambito obbligatorio, che provenga o meno da un contratto ⁽⁸⁵⁾, ammettere che in relazione alla differente origine della responsabilità si configuri un diverso regime non permetterebbe comunque di superare la classica bipartizione per il motivo molto semplice che i sistemi alternativamente previsti dal nostro ordinamento giuridico per il risarcimento del danno sono solo due.

Superando l'*impasse* terminologica, quindi, la responsabilità intesa come risposta ad un comportamento causativo di un danno all'altrui sfera giuridica può avere uno sfondo duplice: l'esistenza o l'assenza di un vincolo obbligatorio. In questo ambito si può davvero affermare che *tertium non datur*.

⁽⁸⁵⁾ Ne deriva che, potendo essere molteplici le fonti di un'obbligazione ai sensi dell'art. 1173 c.c., si versa in ipotesi di responsabilità anche quando il danno sia legato ad un adempimento mancato, inesatto o ad un ritardo nell'adempimento di un vincolo nascente da un illecito o da qualsiasi altro atto o fatto ritenuto idoneo dall'ordinamento a produrre obbligazioni; del resto, lo stesso legislatore non aggettiva come contrattuale il tipo di responsabilità in questione, limitandosi, invece, a riferirsi alla responsabilità del debitore (art. 1218 c.c.). Cfr. V. CHINÉ – A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile* (diretto da G. Alpa – R. Garofoli), Roma, 2009, 2087 ss.

Ciò detto, altra fondamentale premessa è quella secondo la quale la condotta protettiva in senso tecnico è dovuta verso un destinatario determinato in ragione dell'esistenza di un programma di comportamento derivante dal rapporto giuridicamente rilevante intercorrente tra due soggetti; è questa la base di un vincolo sostanziantesi nell'affidamento che il soggetto che subisce la limitazione di autoprotezione ⁽⁸⁶⁾sviluppa verso l'altro ⁽⁸⁷⁾.

Facendo ad ogni modo salva la possibilità per il vettore di dimostrare che l'evento non deriva da causa a lui non imputabile ovvero che esso abbia fatto tutto il possibile per evitare il danno, l'impostazione che è stata data è dunque quella di una responsabilità vigente in consistenza di un preesistente vincolo.

È pur vero che nel titolo dedicato ai fatti illeciti il nostro codice civile elenca una serie di ipotesi di responsabilità che, pur non derivando da inadempimento, beneficiano di un regime probatorio a favore del danneggiato simile a quello previsto a carico del debitore e che quindi il particolare onere liberatorio previsto per il vettore non sia, di per sé, indicativo della natura contrattuale della sua responsabilità.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. § 1.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. G. MASTRANDREA, *L'obbligo*, cit. 94; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale: art. 1173-1176*, Bologna, 1988, 225 ss.; C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 298 ss.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, II, 1964, 423; E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 108 ss.; L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., 1072;

Orbene, se non è esatto parlare di responsabilità contrattuale, allo stesso modo non lo è riferirsi ad una responsabilità extracontrattuale in necessaria contrapposizione ad essa ⁽⁸⁸⁾. Anche qui, infatti, il codice civile usa una terminologia diversa da quella invalsa in dottrina e giurisprudenza, parlando di responsabilità per fatto illecito. Alla luce di questa premessa, le fattispecie di cui agli artt. 2047 c.c. e ss., comunemente considerate come speciali ipotesi di responsabilità aquiliana, non lo sono necessariamente.

Si è detto che le più recenti elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali hanno messo in luce che, giusta la bipartizione tra i due rami della responsabilità, in quello da inadempimento rientrano tutti i danni cagionati dalla mancata osservanza di un vincolo; può quindi ipotizzarsi che questo vincolo non nasca necessariamente da un accordo o da un previo contatto, ma possa trovare la sua origine anche in altri presupposti, come ad esempio nella prevedibilità del danno da parte del soggetto tenuto a prevenirlo. In altre parole, si può sostenere che la prevedibilità del danno è idonea ad ingenerare in coloro che vi sono esposti il convincimento che il soggetto che si trova in un rapporto qualificato con la cosa o la situazione pericolosa tale da avere il potere di controllarla si avvalga di questo potere e li protegga. Sebbene non si tratti di un autentico affidamento, posto che il vincolo non è comunque

⁽⁸⁸⁾ Di un rapporto di giustapposizione in luogo della comune contrapposizione, vista la sempre più labile linea di confine tra i presupposti delle due forme di responsabilità parlano G. CHINÈ – A. ZOPPINI, *Manuale*, cit., 2087.

rafforzato dall'accordo o, quantomeno, dal contratto, si capisce il perché di un regime di responsabilità molto più vicino a quello del debitore, poiché si tratta di ipotesi in cui in qualche modo è dovuta una protezione determinata dalla natura della cosa o dell'attività svolta, sebbene nei confronti di qualsiasi membro della collettività. In questa chiave si spiegano le fattispecie di cui agli artt. 2047 c.c. e ss. che, pur se collocate nel titolo dedicato agli atti illeciti, prevedono forme di responsabilità più gravose di quella tipica aquiliana (ed, in taluni casi, anche di quella contrattuale), in capo a chi ha il potere di sorveglianza su qualcuno (incapaci, figli minori non emancipati o persone soggette a tutela, allievi e apprendisti, domestici e preposti), ovvero a chi esercita un'attività pericolosa o ha animali in custodia o è proprietario di un immobile in rovina o circola con autoveicoli⁽⁸⁹⁾.

Così argomentando, si può arrivare a sostenere che il fatto illecito di cui parla il legislatore sia semplicemente un fatto causativo di un danno originato da un contesto che è non negoziale (per cui sarebbe inadeguato parlare di responsabilità del debitore in senso tecnico), ma

⁽⁸⁹⁾ Il fattore ravvicinante le fattispecie di cui agli artt. 2047 ss. a quella da inadempimento, sebbene in un'ottica extracontrattuale degli obblighi di protezione, è considerato anche da A. ANTONINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il diritto dei trasporti banco di prova di una adeguata evoluzione del regime di concorso*, in *Resp. civ. e prev.* 2010, 2, 253, 261. In particolare, l'Autore muove dal generalizzato ripensamento dei tradizionali confini tra azione contrattuale ed extracontrattuale per approdare al favore verso una parificazione delle discipline così come emersa dal diritto dei trasporti di rilevanza internazionale nel suo sviluppo moderno e contemporaneo. Le fattispecie di cui agli artt. 2050 ss. c.c. hanno suscitato una riflessione in merito alla natura del fenomeno protettivo anche in Benatti, il quale, tuttavia, trae dalla loro esistenza argomento contrario alla vocazione contrattuale della relativa responsabilità. Cfr. F. BENATTI, *Osservazioni in materia di «doveri di protezione»*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1960/II, 1342, 1359.

non è necessariamente libero da un legame tra il danneggiante ed il danneggiato. Anzi, in quest'ottica il titolo IX del libro IV sembra compiere una graduazione degli illeciti, partendo da quello che si verifica in mancanza di qualsivoglia legame (art. 2043 c.c.), per arrivare a quelli in cui un legame esiste nel senso della prevedibilità di cui si è appena detto. In questo modo, anche la responsabilità del vettore per le lesioni subite dal passeggero, che presenta analogie con quella conseguente all'esercizio di attività pericolose nella versione civilistica, è di per sé molto vicina a quella derivante da inadempimento ⁽⁹⁰⁾.

A ciò devono aggiungersi alcune considerazioni di carattere più prettamente pratico.

In primo luogo sarebbe stato giuridicamente antieconomico esigere dal passeggero l'individuazione dell'agente responsabile. Infatti, in virtù del contratto di trasporto il viaggiatore è tenuto a sottostare al disciplinare imposto dal vettore ed a sostare negli spazi da questo messi a disposizione ed è logica conseguenza di un siffatto potere di regolamentazione e vigilanza la correlativa esposizione a rispondere dei danni sofferti da colui che ne è assoggettato.

In secondo luogo, proprio perché il vettore ha il potere di accogliere il passeggero dettandogli le regole per la sicura e corretta fruizione degli spazi a lui messi a disposizione, è altrettanto conveniente

⁽⁹⁰⁾ Mentre nella versione contenuta nel codice della navigazione l'onere della prova è identico a quello del debitore di cui all'art. 1218 c.c.

ritenere che i sinistri che dovessero essere subiti dal secondo siano riconducibili al primo nel momento in cui si dimostri una lesione avvenuta nel contesto della dislocazione.

A ciò si aggiunga che lo stesso articolo 1681 c.c. è bipartito in modo tale da rendere chiara la distinzione tra l'impegno a trasferire il passeggero e la necessità che quest'ultimo sia protetto in modo tale da giungere incolume a destinazione. L'inciso secondo il quale «*sono nulle le clausole che limitano la responsabilità del vettore per i sinistri che colpiscono il viaggiatore*», mette infatti in evidenza l'esistenza dell'obbligo di proteggere il passeggero e la rispettiva responsabilità in caso di inadempimento ⁽⁹¹⁾.

Se questa è l'impostazione normativa nazionale comune e speciale, nel complesso tendenzialmente omogenea e riconducibile a principi generali unitari, ben più complessa è la situazione che si è delineata a partire dalla prima metà del '900 ad oggi nel contesto allargato della comunità internazionale prima e di quella europea poi, ma di questo si parlerà più avanti e non prima di aver illustrato almeno brevemente le posizioni della dottrina italiana contemporanea.

⁽⁹¹⁾ Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 145, 146.

6. Le teorie più recenti sugli obblighi di protezione.

A parte qualche caso isolato, ancora oggi buona parte della dottrina italiana crede nella buona fede integrativa dell'autonomia contrattuale capace di fondare una serie di obblighi accessori alla prestazione principale a tutela dell'interesse di protezione di ciascuna parte, in particolare, di fondare obblighi di protezione dell'integrità fisica dell'altro contraente ⁽⁹²⁾.

In sintesi, l'esistenza di uno spazio nel nostro ordinamento per gli obblighi di protezione, così come la loro autonoma configurabilità, non vengono più ignorati dai commentatori contemporanei.

Più precisamente, riconoscendo che lo scopo degli obblighi di protezione è quello di fornire una tutela contrattuale ad interessi che non sono stati oggetto di espressa pattuizione, la via per il loro ingresso vincolante nella relazione tra le parti è stata spesso rinvenuta nell'art. 1175 c.c., il quale è conseguentemente visto come l'*alter ego* negoziale dell'art. 2043 c.c. ⁽⁹³⁾.

Questa tesi postula con evidenza l'indipendenza del vincolo di protezione rispetto all'obbligazione principale, ma appare come una forzatura del sistema. In altre parole, l'art. 1175 c.c. è considerato una disposizione per mezzo della quale – in modo, peraltro, non esplicito –

⁽⁹²⁾ G. VISINTINI, *Inadempimento*, cit., 286 ss.

⁽⁹³⁾ L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 90.

semplicemente si invertirebbe l'onere della prova normalmente previsto per l'illecito extracontrattuale in virtù del fatto che quest'ultimo sia, in qualche modo, collegato ad un'obbligazione.

Ebbene, una siffatta ricostruzione, non nuova oltretutto ⁽⁹⁴⁾, non solo svuota di contenuto l'art. 1175 c.c., che invece fa espresso riferimento alle parti e, quindi, al vincolo negoziale sottostante l'obbligo di protezione, ma ignora altresì la peculiare struttura del fenomeno protettivo che, come meglio si vedrà oltre, pur vivendo autonomamente rispetto all'obbligazione nei confronti della quale ha persino un ambito operativo più ampio, si collega necessariamente ad essa per la determinazione dei suoi contenuti. In altre parole, la determinazione del destinatario e del contenuto fanno sì che colui sul quale l'obbligo protettivo grava non sia tenuto ad un generico *alterum non laedere*⁽⁹⁵⁾.

Non manca neppure chi sostiene che sul debitore gravi semplicemente un'obbligazione dal contenuto prudente ⁽⁹⁶⁾, ragione per la quale già la prestazione principale racchiuderebbe in sé il contenuto

⁽⁹⁴⁾ Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., 369. Anche S. CICCARELLO, *Dovere*, cit., 251, con il suo richiamo ai tre *ius praecipua* che si sostanziano negli *standards* valutativi fornisce una visione molto vicina all'identificazione fatta da Lambo.

⁽⁹⁵⁾ In questo senso si esprime C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, *passim*, il quale fa comunque discendere l'obbligazione di protezione dalla buona fede che è fonte di obblighi reciproci e non necessariamente corrispettivi; più precisamente, essa fa insorgere un certo affidamento nei confronti del debitore professionale dell'obbligazione di prestazione, imponendo un obbligo comportamentale che, pur sostanzandosi in un'obbligazione, si distingue da quella di prestazione proprio perché priva di contenuto prestazionale.

⁽⁹⁶⁾ Così C. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, in Trattato di diritto civile e commerciale (a cura di S. Cicu – F. Messineo), IV, Milano, 1990, 94.

protettivo; in quest'ottica, i tanto declamati obblighi di protezione altro non sarebbero che mere specificazioni della stessa ⁽⁹⁷⁾.

Sebbene suggestiva e non del tutto infondata, quest'ultima teoria ha tuttavia il difetto di consentire una tutela delle manchevolezze protettive solo allorquando esse si riverberino in un inadempimento della prestazione caratterizzante, risultato che è del tutto sconosciuto alla non solo contemporanea disciplina nel trasporto. È quindi evidente come questa impostazione non solo contrasti con la struttura positiva del fenomeno protettivo, ma ignori del tutto l'oramai consolidata consapevolezza del carattere complesso dell'obbligazione che sta alla base della teorizzazione protettiva ⁽⁹⁸⁾.

Quasi a coronamento di questo lungo ciclo di elucubrazioni dottrinali, anche la Corte di Cassazione ha finalmente in tempi recenti preso ufficialmente posizione in tema di buona fede e, nell'occasione, sebbene in maniera piuttosto defilata, anche sugli obblighi di protezione. In particolare, essa ha dichiarato di accogliere il principio integrazionistico della buona fede distinguendo tuttavia l'integrazione legale contrattuale *ex art. 1175 c.c.* da quella – anche essa legale, ma – derivante da espresse previsioni normative ⁽⁹⁹⁾; in tal guisa, si può

⁽⁹⁷⁾. È proprio sul terreno del trasporto di persone che questa tesi si sviluppa sostenendo un'integrazione causale tra il trasferimento e la sicurezza del passeggero. Cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 18 ss.

⁽⁹⁸⁾ Come giustamente fa notare L. LAMBO, *Obblighi*, cit. 114 ss..

⁽⁹⁹⁾ «Il richiamo alla legge contenuto nell'art. 1374 c.c. si estende anche alla buona fede attraverso la previsione di cui all'art. 1375 c.c. (e all'altra norma di cui

pensare che essa abbia altresì realizzato la scissione tra obblighi di protezione derivanti dalla buona fede e ciò che ha, invece, i lineamenti di un'obbligazione di protezione.

In sintesi, emerge con sufficiente chiarezza dalla breve e sintetica disamina fin qui compiuta il dato costante della ricerca di una fonte idonea per l'integrazione legale del contratto in senso protettivo, ma è altrettanto incontestabile il fatto che detta integrazione è stata ed è quasi esclusivamente ricondotta alla buona fede ed alla correttezza in un'ottica di esclusiva soddisfazione dell'interesse all'adempimento scevro da implicazioni pregiudizievoli, manifestando una radicata quanto incomprensibile resistenza a parlare, là dove ve ne ricorressero i presupposti, della protezione in termini di vera e propria obbligazione⁽¹⁰⁰⁾.

all'art. 1175 c.c.), con la precisazione che l'interrelazione così stabilita tra le predette norme non implica, però, che l'integrazione del contratto alla stregua della buona fede sia assimilabile all'integrazione mediante puntuali previsioni normative, tenuto conto che la natura di clausola generale della buona fede e il ruolo svolto dal giudice implicano innegabilmente peculiari modalità di attuazione del precetto, danno luogo ad un'"operazione integrativa giudiziale", fondata sulla legge e comunque orientata da criteri desumibili dal contesto normativo al quale la clausola inerisce», Cass. 10 settembre 2010, Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto, rel. n. 116. Nel documento in parola, tuttavia, la Cassazione non menziona il meccanismo originario dell'obbligazione di protezione di cui all'art. 1173 c.c.

⁽¹⁰⁰⁾ Deve essere dato rilievo altresì ad un'interessante recente studio sul fondamento degli obblighi di protezione nello specifico ambito del trasporto di persone condotto in un'originale prospettiva storica da Tullio che ha il merito di giustificare fin dalle origini la natura di obbligazione del fenomeno protettivo. Egli ritiene in sostanza che il trasporto di persone originariamente si configurasse come una locazione di spazi della nave ove il godimento di questi ultimi da parte del passeggero fosse funzionale al trasferimento; in quest'ottica, l'obbligazione principale era costituita dalla locazione, rimanendo invece il trasporto su un piano di accessorietà. Con il progressivo capovolgimento di prospettiva delle obbligazioni romanistiche, il trasferimento è assunto al ruolo di obbligazione principale, mentre è divenuta accessoria – ancorché essenziale - la messa a disposizione di uno spazio idoneo a bordo del mezzo;

7. *L'obbligazione di protezione. Cenni e rinvio.*

In questo contesto di per sé articolato, prima di spiegare le motivazioni che portano ad affermare l'esistenza di un'autentica obbligazione protettiva, bisogna fare i conti con una trilogia fenomenica di non scarso rilievo: al bisogno di fare luce sugli obblighi di protezione in generale, infatti, da un lato si aggiunge la necessità di un confronto con il nuovo contenuto che la clausola di buona fede sta assumendo a livello europeo, dall'altro si impone l'analisi della disciplina sovranazionale in materia di trasporto di persone che ha notevolmente arricchito di contenuti ed ulteriormente reso complesso l'istituto protettivo.

Come premessa generale al problema può da subito essere detto che si deve concordare con l'affermazione secondo la quale parlare di obblighi di protezione comporta – anche - uscire dal seminato della buona fede. Più precisamente, la buona fede non ha, con riferimento alla

quest'ultima obbligazione, integrata e rafforzata dalla buona fede, è divenuta lo strumento dell'obbligazione di protezione. La tesi, sostenuta da L. TULLIO, *Contratto di noleggio*, in Trattato di diritto civile e commerciale (a cura di S. Cicu – F. Messineo), Milano, 2006, 273 ss., è stata di recente riproposta in L. TULLIO, *L'obbligazione di protezione nel trasporto marittimo e aereo*, in *Dir. trasp.* 2013, 349, 355 ss.

materia in esame, l'esclusiva eziologica ⁽¹⁰¹⁾ e sarebbe opportuno porre fine alla confusione tra gli effetti della buona fede e della correttezza e quelli di un'obbligazione legale di protezione che deve essere, anche essa, adempiuta nel rispetto degli artt. 1175 e 1375 c.c.

Le più recenti riflessioni in tema di buona fede, peraltro, hanno ben chiaro il ruolo della stessa quale clausola generale atta a precisare, nell'ambito di una singola fattispecie negoziale, il contenuto dei comportamenti dovuti da ciascuna delle parti individuandoli alla luce dei valori fondamentali emergenti dalla Costituzione ⁽¹⁰²⁾. Di conseguenza, il ruolo di detta clausola all'interno di una relazione giuridicamente rilevante non è principalmente quello di far nascere ulteriori obbligazioni in capo alle parti, quanto quello consentire la selezione degli interessi meritevoli di tutela all'interno del rapporto ⁽¹⁰³⁾ e solo in seconda battuta far insorgere su entrambe le parti i relativi obblighi comportamentali. Ciò non è sufficiente, tuttavia, per poter parlare di vere e proprie obbligazioni autonome, neppure se in veste accessoria, dovendosi esaminare attentamente, di volta in volta, se davvero i contenuti comportamentali

⁽¹⁰¹⁾ In dottrina si afferma, tuttavia, che anche l'effetto legale della nascita della prestazione di protezione è derivata dalla buona fede rappresentandone la «consacrazione legale». Cfr. G. MASTRANDREA, *L'obbligo di protezione*, cit., 67.

⁽¹⁰²⁾ Parla, pertanto, di limite alla discrezionalità *inexecutivis*, G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, 94 ss.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. G. RECINTO, *Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria*, in *Rass. dir. civ.* 2002, 271, 281.

ulteriormente esigibili alla luce della buona fede ne abbiano i tratti salienti. Ma non solo.

Se la prestazione è ben lontana dal coinvolgere necessariamente la persona o i beni del creditore e quest'ultimo rimane quindi capace di autoproteggersi, è bene chiarire che in tal caso la protezione può senz'altro considerarsi un mero aspetto delle modalità esecutive dell'adempimento, giusta la tendenziale scarsa probabilità di lesione che ne può derivare. In questo caso, pertanto, è giusto ritenere che la buona fede imponga ad entrambe le parti una semplice esecuzione in modalità tale da non sacrificare un interesse della controparte per approdare ad un vantaggio proprio che sia giuridicamente irrilevante o subordinato rispetto a quello dell'altro ⁽¹⁰⁴⁾, soprattutto con riferimento alla necessità di superare impreviste difficoltà collegate all'esecuzione della prestazione ⁽¹⁰⁵⁾.

In tale prospettiva, la buona fede non ha tanto la funzione di creare nuove regole o quella di attribuire poteri e facoltà nuovi rispetto a quanto previsto dalle norme esistenti o dall'accordo ⁽¹⁰⁶⁾, come invece ritiene chi pensa agli obblighi di protezione alla stregua del frutto dell'opera

⁽¹⁰⁴⁾ In questo senso, peraltro, la buona fede copre perfettamente l'ambito dell'abuso del diritto, in linea con le teorizzazioni che ne sanciscono la sovrapponibilità, con la precisazione che nel nostro ordinamento, che ha finora rigettato una generalizzazione del principio, mentre la prima ha un ambito operativo negoziale, il secondo si estende al settore della convivenza tra consociati con particolare riferimento alla proprietà. Cfr. G. CATTANEO, *Buona fede e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1971, 613 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto (voce)*, in *Dig. disc. priv.* I/1987, 6.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. G. RECINTO, *cit.*, 292.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. G. RECINTO, *cit.*, 292.

integrativa della buona fede sul contratto, bensì una funzione di adeguamento delle posizioni dei contraenti, per il caso in cui uno dei due si trovi in posizione di debolezza economica o normativa, in modo tale che le loro condizioni, per quanto inespresso dalla volontà, divengano conformi a quello che avrebbero disposto se avessero provveduto da sé⁽¹⁰⁷⁾. In questo senso, gli obblighi di protezione assumono il carattere della bilateralità che deriva dal fatto di veicolare l'operatività del precetto del *neminem laedere* all'interno del contenuto contrattuale⁽¹⁰⁸⁾.

Diversamente accade quando si parla di obbligazione di protezione. La differenza tra efficacia della buona fede e della correttezza (anche in senso produttivo di obblighi di protezione), ed obbligazione legale di protezione emerge chiaramente dalle parole della Cassazione, la quale, acquisendo una progressiva lucidità sul punto è arrivata ad affermare che *«Il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, espressione del dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 della Costituzione, impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra - senza che ciò rappresenti un apprezzabile sacrificio - e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico delle parti contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge; ne consegue che la sua violazione costituisce*

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. C. CASTRONOVO, *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"*, in *Eur. dir. priv.* 2001, 186.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. G. RECINTO, *cit.*, 297, 298.

di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato» ⁽¹⁰⁹⁾.

Come sarà più compiutamente illustrato nel prossimo capitolo, è nel concetto di apprezzabilità del sacrificio che deve essere individuato il punto di rottura tra ciò che è un semplice obbligo integrativo della condotta inerente alla prestazione principale e ciò che invece è pura obbligazione di protezione ⁽¹¹⁰⁾. Nel momento in cui il sacrificio non è più solo apprezzabile perché diviene qualcosa di più, ossia trasmoda in sforzo non ordinariamente esigibile, proprio alla luce della buona fede e correttezza, per via della sua ingente onerosità intesa in senso ampio, allora si approda ad un ambito differente, che è quello dell'impegno specifico e ricercato, rischioso e vincolante, tipico dell'obbligazione.

Per quanto peraltro concerne il contenuto della clausola di buona fede, i Principi di diritto europeo dei contratti (PECL) ⁽¹¹¹⁾, che

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. rel. 116 cit. e giurisprudenza ivi citata. Si veda, nello stesso senso, Cass. 15 febbraio 2007 n. 3462, la quale chiaramente afferma che «*L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, applicabile in ambito contrattuale ed extracontrattuale, che impone di mantenere, nei rapporti di vita e di relazione, un comportamento leale (specificantesi in obblighi di informazione e di avviso) nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio*».

⁽¹¹⁰⁾ Secondo G. M. UDA, *Buona fede oggettiva ed economia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* 1990/II, 365, 372, «*il criterio di "apprezzabilità", di natura strettamente economica e ricavabile dall'analisi del caso concreto, costituisce il momento di "rottura" tra la violazione dell'obbligo di buona fede ed il comportamento lecito*»; ciò evidenzia come oltre la buona fede ciò che può rendere illecito un comportamento è solo la presenza di un'obbligazione che lo renda vincolante al di là del limite dell'apprezzabile sacrificio.

⁽¹¹¹⁾ Si tratta dei ben noti *Principles of European Contract Law* elaborati dalla Commissione sul diritto europeo dei contratti (cosiddetta commissione Lando dal nome del presidente, Ole Lando, che ha operato dal 1982 al 2001), i quali introducono una disciplina generale del contratto a fronte della quale le norme nazionali sui singoli

contengono molteplici riferimenti ad essa (¹¹²), la restituiscono in una veste leggermente modificata e maggiormente in linea con due criteri che, sebbene anche essi riconducibili alla correttezza e, più in generale, alla solidarietà, sono più specifici e ben più connessi alla logica economica europea: si tratta dei principî della ragionevolezza e della proporzionalità (¹¹³).

In questa prospettiva, se la buona fede deve essere lo strumento per pervenire ad un regolamento di interessi ragionevole ed equilibrato, è impossibile ricondurre gli obblighi di sicurezza e protezione alla mera clausola generale di buona fede se ne si considera la portata con riferimento al contratto di trasporto di persone. L'impegno gravante sul vettore, infatti, raggiunge livelli di protezione e sicurezza tali da aver

contratti dovrebbero continuare a vigere (art. 1:101). Cfr. S. MAZZAMUTO, *Contratto di diritto europeo*, XXI Secolo (2009), sull'enciclopedia on line Treccani all'indirizzo internet [http://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-di-diritto-europeo_\(XXI_Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-di-diritto-europeo_(XXI_Secolo)/). Per la versione italiana dei PECL si veda C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, Milano, 2001.

(¹¹²) Tra le sedici citazioni della buona fede (accostata quasi sempre alla correttezza), si segnalano per il particolare rilievo in questa sede quelle di cui agli artt. 1:102, 1:201, 1:302, 4:109, 5:102, 6:102 e 8:109. Secondo Corte di giust. UE «*In Germany, Italy and the Netherlands, the concept is highly developed and based on extensive case law, whereas in France the concept is rather limited. In the United Kingdom, a general doctrine on the principle of good faith does not exist at all. In addition, the European court of Justice (ECJ, 1 april 2004, case C-237/02 Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG v. Ludger Hofstetter and Ulrike Hofstetter (2004) ECR I-3403) is reluctant to clarify the concept, leaving the interpretations to the national courts*», come fa presente A.DE VRIES, *The Aim for Complete Uniformity in EU Private Law: an Obstacle to Further Harmonization*, in *European revue of private law* 2012, 4, 920, 921.

(¹¹³) Come impongono i PECL all'art. 1:302: «*Ragionevolezza: (1) E' da ritenersi ragionevole ciò che chiunque in buona fede e nella stessa situazione delle parti dovrebbe considerare ragionevole. Nella valutazione di ragionevolezza si dovrà tenere conto, in particolare, della natura e dell'oggetto del contratto, delle circostanze del caso e degli usi e pratiche dei traffici o delle professioni coinvolte*». Così G. RECINTO, *cit.*, 292 ss.

comportato persino la messa in discussione della stessa natura di responsabilità delle conseguenze relative ai sinistri che colpiscono la persona del passeggero, avvicinando l'ipotesi della lesione del passeggero ad un accadimento futuro ed incerto possibile causa di un sacrificio per lo stesso vettore, alla stregua di un ipotesi di rischio ⁽¹¹⁴⁾.

8. La normativa internazionale e quella europea.

L'esposizione della disciplina sovranazionale in materia di trasporto aereo e marittimo di passeggeri oltre ad essere piuttosto complessa, è in costante divenire, sia per le frequenti novità positive, sia per i numerosi interventi giurisprudenziali, soprattutto statunitensi e comunitari, che ne hanno ulteriormente precisato i contenuti. È quindi impensabile nonché inadeguato scegliere questa sede per una descrizione dettagliata di quanto il legislatore comunitario prima ed europeo poi, nonché il consenso internazionale, hanno, in progresso di tempo, previsto a tutela del passeggero. Sarà viepiù sufficiente richiamare in prima battuta lo schema di disciplina attualmente dettata dalle singole fonti, per poi precisarne il contenuto in modo funzionale allo scopo perseguito dal presente lavoro, ossia la definizione del fenomeno protettivo

⁽¹¹⁴⁾ L'opera di riferimento in tema è quella di A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit.

nell'obbligazione di trasporto di passeggeri. Peraltro, si noti che attualmente vige un netto parallelismo tra la normativa uniforme ed europea da un lato e quella interna dall'altro in materia di trasporto aereo di passeggeri, giusto il rinvio dinamico contenuto nell'art. 941 c.nav. alle fonti, appunto, internazionali ed europee.

Fatta queste necessarie precisazioni preliminarisostanziali e metodologiche, è bene iniziare conil ricordare che la prima manifestazione di volontà protezionistica sovranazionale nei confronti dei passeggeri si è concretata nel settore del trasporto aereo con la Convenzione di Varsavia del 1929 (CV) ⁽¹¹⁵⁾, nella quale si optava per una responsabilità vettoriale modellata sul regime contrattuale fondato sulla colpa presunta. Più di preciso, la CV prevedeva che il vettore aereo avrebbe risposto del danno derivante da morte o lesioni del passeggero salvo che esso avesse dimostrato l'adozione, da parte sua o dei suoi

⁽¹¹⁵⁾ Convenzione per l'unificazione di alcune regole relative al trasporto aereo internazionale aperta alla firma il 12 ottobre 1929 in occasione della omonima conferenza intergovernativa. La Convenzione di Varsavia, resa esecutiva in Italia con l. 19 maggio 1932, n. 841, ha poi ispirato la redazione del codice della navigazione nella parte relativa alla responsabilità del vettore per le lesioni subite dal passeggero. L'ambito applicativo della CV era esteso ai trasporti internazionali aventi le caratteristiche di cui all'art. 1 CV. Le tappe normative che hanno preceduto l'adozione del codice della navigazione sono ripercorse in App. Genova 27 giugno 1970, in *Dir. mar.* 1970, 559 ss. Sulla Convenzione di Varsavia sono innumerevoli i contributi che potrebbero essere elencati, tra questi, in particolare si citano: G. ROMANELLI, *Il trasporto aereo di persone: nozione e disciplina*, Padova, 1959; E. GIEMULLA – R. SCHMID, *Warsaw convention*, The Hague, 1995; T. BALLARINO – S. BUSTI, *Diritto aeronautico e spaziale*, Milano, 1988; G. SILINGARDI, *Trasporto aereo* (dir. nav.) in *Enc. dir.* XLIV/1992, 1189 ss.

dependenti e preposti, di tutte le misure necessarie per evitare il danno ovvero che fosse impossibile adottarle (¹¹⁶).

La prima impostazione internazionale era, pertanto, vicina a quella francese delle *obligations de sécurité*, eccetto che per che l'esimente, la quale arrivava a superare la forza maggiore; autorevole dottrina ha infatti ritenuto che la mancata menzione espressa della forza maggiore in chiave di prova liberatoria fosse sintomatica della sua insufficienza a tal fine se non accompagnata dall'evidenza di aver adottato tutte le misure necessarie per farvi fronte (¹¹⁷).

La particolare onerosità della prova contraria gravante sul vettore era tuttavia alleggerita da un limite monetario che conteneva l'esposizione risarcitoria entro la somma di 125 mila franchi oro *Poincaré* (¹¹⁸), superabile convenzionalmente o in caso di dolo o colpa che, secondo il tribunale adito, fosse considerata equivalente al dolo.

(¹¹⁶) Art. 17 CV: «*Le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de mort, de blessure ou de toute autre lésion corporelle subie par un voyageur lorsque l'accident qui a causé le dommage s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement et de débarquement*».

(¹¹⁷) Così R. ROVELLI, *Il trasporto di persone*, Milano, 1970, 211.

(¹¹⁸) Cfr. T. BALLARINO, *La imitazione del debito del vettore marittimo e aereo*, in *Il cinquantenario del codice della navigazione* (a cura di L. Tullio – M. Deiana), Cagliari, 1993, 254 ss. Incidentalmente, può essere utile sottolineare come il limite risarcitorio fosse stato, pertanto, stabilito mediante la cosiddetta tecnica delle clausole oro che ancorava il valore monetario a quello dell'oro. Nel caso in esame, la moneta scelta era il franco oro *Poincaré* a 65,5 milligrammi di oro fino al titolo di 900 millesimi per unità (art. 22 CV). Il limite monetario originario, peraltro, esposto alle svalutazioni auree verificatesi durante il secondo conflitto mondiale, fu portato con il Protocollo siglato a L'Aja il 28 settembre del 1955 a 250 mila franchi oro *Poincaré* (art. 22 CV emendata dal Protocollo). Anche il codice della navigazione, nella parte aeronautica, prevedeva un limite al risarcimento per la morte e le lesioni del passeggero (art. 943, primo comma, testo ante-riforma).

Detta disciplina era poi blindata mediante la previsione della nullità necessaria e parziale dei patti di esonero da responsabilità vettoriale o di incremento della sua limitazione a sfavore del passeggero (¹¹⁹).

Due aspetti particolarmente interessanti della CV erano peraltro rappresentati dalla parificazione sostanziale dell'azione contrattuale a quella extracontrattuale ai fini del risarcimento del danno eventualmente subito dal passeggero (¹²⁰) e dall'operatività della Convenzione stessache era del tutto indifferente alla regolarità del biglietto di passaggio (¹²¹), aspetti nei quali è facile leggere il riconoscimento di diritti fondamentali ed irrinunciabili della persona esistenti, quindi, per via del trasferimento e non del contratto di trasporto, ma comunque ad esso in qualche modo collegati.

Quelli che erano i punti deboli della CV, ossia il limite debitorio sempre più esiguo e una prova liberatoria incerta perché legata a un contenuto normativo soggetto a variabilità al variare della legge applicata, erano anche aspetti che minavano l'utilità della stessa sia sotto

(¹¹⁹) Art. 23 CV: «*Toute clause tendant à exonérer le transporteur de sa responsabilité ou à établir une limite inférieure à celle qui est fixée dans la présente Convention est nulle et de nul effet, mais la nullité de cette clause n'entraîne pas la nullité du contrat qui reste soumis aux dispositions de la présent Convention*».

(¹²⁰) Art. 24 CV: «*Dans les cas prévus aux articles 18 et 19 toute action en responsabilité, à quelque titre se soit, ne peut être exercée que dans les conditions et limites prévues par la présente Convention. Dans les cas prévus à l'article 17, s'appliquent également les dispositions de l'alinéa précédent, sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d'agir et de leurs droits respectif*».

(¹²¹) Non è previsto, infatti, che la mancata emissione o l'irregolarità del biglietto comportino per il passeggero il mancato riconoscimento dei diritti protettivi sanciti dalla CV.

l'aspetto dell'effettività della protezione del passeggero, sia sotto quello dell'uniformità della disciplina; da qui ebbe origine un lungo periodo di tempo in cui la CV fu ripetutamente messa in discussione. Ne derivò una serie di interventi normativi internazionali affiancati da misure correttive private che cercarono di porre rimedio alle lacune della disciplina convenzionale che, oltretutto, si scontrava con una sempre maggiore consapevolezza del bisogno di sicurezza nel trasporto aereo conseguente alla rapida espansione della domanda di quest'ultimo ⁽¹²²⁾.

⁽¹²²⁾ Le tappe di questa evoluzione possono essere così sinteticamente ripercorse: nel 1955 il Protocollo dell'Aja emendò la CV, dando in tal modo vita al sistema di Varsavia-L'Aja, il quale innalzò il limite debitorio a 250 mila franchi oro *Poincaré* (art. 22), e sottrasse al giudice nazionale il potere di individuazione dell'elemento soggettivo utile per superare la stesa limitazione mediante l'adozione di una formula descrittiva secondo la quale «*Les limites de responsabilité prévues à l'art. 22 ne s'appliquent pas s'il est prouvé que le dommage résulte d'un acte ou d'une omission de transporteur ou de ses préposés fait, soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérairement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement, pour autant que, dans le cas d'un acte ou d'une omission de préposés, la preuve soit également apportée que ceux-ci ont agi dans l'exercice de leurs fonctions*» (art. 25). Sulla condotta temeraria e consapevole si vedano: U.S. C.A., 11th Circ., 15 giugno 1999 *Doris Cristina Piamba Cortes v. America Airlines Inc.*, con nota di A. ZAMPONE, *Sulla nozione di wilful misconduct nella giurisprudenza statunitense alla luce dell'entrata in vigore del Protocollo di Montreal n. 4*, in *Dir. trasp.* 2001, 203, 215; ID., *La condotta temeraria e consapevole nel diritto uniforme dei trasporti: gli elementi caratterizzanti*, in Studi in onore di G. Romanelli, Milano, 1997; S. BOTTACCHI, *Condotta temeraria e consapevole e decadenza del vettore aereo dal beneficio della limitazione del debito*, nota a Cass. 19 aprile 2001 n. 8328, in *Dir. mar.* 2002, 1288 ss.. Alla condotta temeraria e consapevole si aggiunse, quale causa di decadenza dal beneficio della limitazione del debito, la mancata menzione dei diritti del passeggero sul biglietto o l'omissione del biglietto (art. 3). Lo scarso successo del Protocollo dell'Aja, che non fu sottoscritto dagli Stati Uniti, Paese in cui si concentrava il maggior volume di trasferimenti aerei su base mondiale e la denuncia della CV da parte degli stessi, mobilitarono la comunità internazionale per un rapido sviluppo evolutivo della normativa uniforme, portando all'elaborazione prima della Convenzione di Guadalajara del 1961, con la quale si integrava il sistema di Varsavia-L'Aja mediante l'equiparazione del vettore di fatto a quello contrattuale e la conseguente responsabilità solidale dei due nei confronti del passeggero, poi con il Protocollo di Guatemala City del 1971, il quale aumentava ulteriormente la limitazione debitoria a 1 milione e 500 mila franchi oro *Poincaré* ed escludeva qualsiasi possibilità di esonero che non fosse la *contributory negligence* del passeggero (già nota, peraltro, ai precedenti normativi), ed ebbe scarso successo non tanto per il carattere oggettivo della responsabilità, quanto per il costante apprezzamento dell'oro. In sintesi, dopo il 1971 il quadro normativo internazionale era caratterizzato dalla presenza di una

convenzione internazionale di disciplina parziale del trasporto aereo parzialmente (CV, 1929), emendata in parte da un Protocollo (L'Aja, 1955), su cui si innestavano un successivo Protocollo integrativo sul vettore di fatto (Guadalajara, 1961) ed uno di ulteriore modifica (Guatemala City, 1971), con la precisazione che ciascuno di questi interventi si sostanziasse in una convenzione autonoma; da qui la conseguente asimmetria normativa derivante dal fatto che l'adesione ad una di esse da parte di uno Stato non implicava alcuna automatica adesione alle altre, antecedenti o successive che fossero. A ciò si devono aggiungere la persistenza delle discipline nazionali di ciascun Paese relativamente agli aspetti non regolati dalla volontà internazionale ed un accordo amministrativo intervettoriale transnazionale, il cosiddetto *Montreal Interim Agreement* (o CAB 18990) siglato tra il *Civil Aeronautics Board*, l'organo federale statunitense di controllo dell'aeronautica civile relativamente alle tematiche economiche e le compagnie aeree aderenti alla IATA, valido limitatamente per le compagnie aeree firmatarie. Ad esso fecero seguito lo *IATA Intercarrier Agreement on Passenger Liability* del 1995 (IIA, in *Dir. trasp.* 1996, 325 ss.), e l'*Agreement to Implement the IATA Intercarrier Agreement* del 1996. Sul punto si vedano L. M. BENTIVOGLIO – S. BUSTI, *Diritto aeronautico. Le fonti convenzionali*, Milano, 1980, 296 ss.; G. MASTRANDREA – A. QUARANTA, *Il problema dell'adeguatezza del limite risarcitorio nel trasporto aereo di persone ed i recenti tentativi concreti di soluzione*, in *Dir. trasp.* 1996, 709. L'importanza di questi accordi stava nell'aver, in via di fatto, intensificato la tutela del passeggero mediante l'adozione di misure quali la rinuncia al limite risarcitorio e la possibilità di avvalersi della prova liberatoria. Per dare una sistemazione logica e omogenea al quadro normativo di settore furono elaborati, nel 1975, i cosiddetti Quattro Protocolli di Montreal, ciascuno indipendente dall'altro ed avente come contenuto la preesistente disciplina riordinata in quattro momenti. In particolare, il primo richiamava la CV, il secondo il sistema di Varsavia-L'Aja, il terzo il sistema di Varsavia-L'Aja come modificato dal Protocollo di Guatemala City ed il quarto (l'unico entrato in vigore), introduceva un nuovo regime di documentazione e di responsabilità del vettore ma solo in materia di trasporto di merci. Cfr. V. R. CERVELLI – F. GIUSTIZIERI, *C'è qualcosa di nuovo oggi nell'aria, anzi d'antico: l'entrata in vigore del Protocollo n. 4 di Montreal 1975*, in *Dir. trasp.* 1999, 35 ss. L'unica novità introdotta dai quattro Protocolli era costituita dalla sostituzione del franco oro *Poincaré* con il Diritto Speciale di Prelievo (DSP). L'Italia, oltre alla CV (ratificata e resa esecutiva con l. 19 maggio 1932, n. 841), ha ratificato il Protocollo dell'Aja (l. 3 dicembre 1962, n. 1832) e la Convenzione di Guadalajara (l. 11 giugno 1967, n. 459), ma a suo tempo predispose altresì gli strumenti per la ratifica dei protocolli di Guatemala City e di Montreal (l. 6 febbraio 1981, n. 43, non ancora in vigore). Non si deve trascurare che, in tutto questo, l'Italia adottò, con l. 26 marzo 1983, n. 84, le novità introdotte dai Protocolli I, II e III di Montreal, innalzando in tal modo i limiti risarcitori, e che la Corte Costituzionale italiana, con sentenza 6 maggio 1985 n. 132 (in *Dir. mar.* 1985, 751 ss. con nota di E. FOGLIANI, *La limitazione della responsabilità del vettore aereo internazionale di persone nel giudizio della Corte Costituzionale*, dichiarò incostituzionale la legge di esecuzione della CV proprio per la previsione di limiti di responsabilità del vettore per il caso di morte o lesioni del passeggero. Il vuoto normativo così creatosi fu colmato con l'adozione della l. 7 luglio 1988, n. 274, volta a stabilire congrui massimali di responsabilità del vettore aereo internazionale di passeggeri con esclusivo riferimento alle lesioni personali o al decesso. Su questi aspetti e le conseguenti problematiche scaturenti sul piano dei rapporti internazionali si vedano: C. MEDINA, *Dichiarazione di incostituzionalità della limitazione di responsabilità del vettore aereo internazionale*, in *Dir. mar.* 1986, 212 ss.; T. BALLARINO – S. BUSTI, *Diritto aeronautico e spaziale*, cit., 662 ss.; ID., *La responsabilità del vettore aereo internazionale dal punto di vista italiano*, in *Dir. trasp.* 1989/II, 7 ss.; G. SILINGARDI, *L'istituto del limite risarcitorio: controllo di costituzionalità ed autonomia delle parti*, in *Dir. trasp.* II/1992, 345 ss.; S. BUSTI,

Punto d'approdo della lunga evoluzione della disciplina del trasporto aereo di passeggeri di cui la CV rappresenta il punto di partenza è stata la Convenzione di Montreal del 1999 (CM) ⁽¹²³⁾, ancora oggi vigente, i cui contenuti sono stati integrati a livello europeo dal reg. (CE) n. 261/2004 ⁽¹²⁴⁾.

Dal punto di vista della protezione del passeggero, la CM prevede che il vettore sia responsabile di ogni lesione fisica subita per via di un *accident* avvenuto dall'inizio delle operazioni di imbarco al termine di quelle di sbarco, secondo un metodo ormai noto come *two tier liability*

Contratto di trasporto aereo, in Trattato di diritto civile e commerciale (a cura di S.-Cicu, - F. Messineo), Milano, 2001, 620 ss. Più in generale, per una rapida sintesi dell'evoluzione della tutela del passeggero nel trasporto aereo dalla CV alla Convenzione di Montreal del 1999 si vedano A. ZAMPONE, *Le nuove norme sulla responsabilità del vettore aereo internazionale di passeggeri*, in *Dir. trasp.* 2000, 7 ss.; A. ANTONINI, *La responsabilità del vettore aereo per il trasporto di persone e cose nella più recente evoluzione normativa: protocolli di Montreal, Varsavia-Montreal, regolamento comunitario*, in *Dir. trasp.* 2000, 615 ss.

⁽¹²³⁾ Convenzione di Montreal (CM) del 28 maggio 1999 adottata dalla conferenza diplomatica indetta dall'ICAO e finalizzata all'unificazione di alcune norme in materia di trasporto aereo, pubblicata in *Dir. trasp.* 1999, 1043 ss. A livello europeo, il contenuto della CM era stato anticipato dal Reg. (CE) 2027/97 del 9 ottobre 1997, sul quale si veda G. SILINGARDI, *Reg. (CE) 2027/97 e nuovo regime di responsabilità del vettore aereo di persone*, in *Dir. trasp.* 1998, 621 ss. Sugli aspetti innovativi della CM si vedano M. M. COMENALE PINTO, *Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999*, in *Dir. mar.* 2000, 798 ss.; ID., *La responsabilità del vettore aereo dalla Convenzione di Varsavia del 1929 alla Convenzione di Montreal del 1999*, in *Diritto e storia*, 2/2003; G. ROMANELLI, *Diritto uniforme dei trasporti e Convenzione di Montreal del 1999*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano, 2002, 581 ss.; L. TULLIO, *Spunti sulla responsabilità del vettore aereo di persone*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, cit., 599 ss. L'estensione del contenuto della CM anche ai trasporti effettuati all'interno di un unico Stato membro è stata invece ottenuta con il reg. (CE) n. 889/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 maggio 2002, sul quale si veda F. TAMBURINI, *Le novità introdotte dal reg. (CE) 889/2002 e le ragioni connesse alla sua adozione*, in *Dir. trasp.* 2003, 831 ss. Una versione non ufficiale in italiano della CM è stata allegata alla legge 10 gennaio 2004, n. 12, di ratifica della stessa.

⁽¹²⁴⁾ Reg. (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato, consultabile su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0261:IT:HTML>.

sistem, ossia a binario doppio. Il doppio livello, più precisamente, nasce dalla previsione di una somma di denaro (attualmente, in virtù del meccanismo di aggiornamento quinquennale dei limiti previsto dall'art. 24 della stessa Convenzione pari a 113.100 DSP) ⁽¹²⁵⁾, al raggiungimento della quale in sede di risarcimento cambia il regime liberatorio per il vettore. Infatti, mentre fino alla suddetta soglia monetaria il vettore non ha la possibilità di esonerarsi dal dover risarcire i danni lamentati dal passeggero (sempre che, come previsto già dalla CV e poi ribadito nelle convenzioni successive, la loro causa non sia da rinvenire nella negligenza del passeggero reclamante o *contributory negligence*) ⁽¹²⁶⁾, allorquando il pregiudizio dovesse essere superiore, il vettore può liberarsi dall'obbligo di corrispondere la maggior somma, circoscrivendo così il risarcimento nell'ambito dei 113.110 DSP ⁽¹²⁷⁾, purché dimostri che la lesione non è derivata da causa imputabile a sé o ai suoi dipendenti e preposti. In tutto questo, rimane la previsione che assoggetta l'azione di

⁽¹²⁵⁾ Somma originariamente ammontante a 100 mila DSP incrementata del 13,1% in virtù del fattore inflazionistico rilevato nel 2009 a seguito della prima applicazione del meccanismo di adeguamento previsto nella stessa CM all'art. 24. Sul punto si vedano la notificazione della revisione dei limiti di responsabilità da parte dell'ICAO pubblicata in *Dir. trasp.* 2010, 559 ss., nonché E. FOGLIANI, *Aggiornamento dei limiti di Montreal 1999, questo sconosciuto (...all'ENAC)*, in *Dir. trasp.* 2011, 155, 155. Secondo alcuni autori, il doppio regime esisteva già nella CV che affiancava una responsabilità soggettiva e presunta fino al limite di 125 mila franchi oro (poi divenuti 250 mila) e con possibilità per il vettore di fornire la prova liberatoria, ad una responsabilità illimitata con onere della prova a carico del danneggiato. Cfr. G. ROMANELLI, *Diritto uniforme*, cit., 586.

⁽¹²⁶⁾ Per un caso di colpa del passeggero si veda Cass. 15 febbraio 2006 n. 3285, in *Dir. trasp.* 2007, 507, con nota di W. PAGLIEI, *La colpa del danneggiato nel trasporto aereo*. Per una descrizione della *contributory negligence* si veda AA. VV., *Codice dei trasporti*, cit., 542 ss.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. G. ROMANELLI, *Diritto uniforme*, cit., 583.

risarcimento dei danni alle condizioni ed ai limiti previsti dalla Convenzione, a prescindere dal titolo in base al quale si agisce (¹²⁸).

Il reg. (CE) n. 261/2004, dal canto suo, ha ad oggetto il negato imbarco, la cancellazione del volo ed il ritardo prolungato, ossia ambiti in parte diversi rispetto a quelli regolati dalla CM; quest'ultima, infatti, non menziona le prime due fattispecie e, pur disciplinando la terza, lo fa in modo tale da avere una portata più generale (¹²⁹).

Ad ogni modo, ciò che rileva maggiormente in tema di protezione all'interno del reg. (CE) n. 261/2004 non sono tanto le fattispecie disciplinate quanto i rimedi previsti per il caso del loro verificarsi. Il riferimento è, in particolare, all'obbligo di fornire pasti e bevande in congrua relazione all'attesa, di garantire il pernottamento in albergo ed il relativo trasferimento dall'aeroporto e viceversa, nonché di far sì che il passeggero possa usufruire gratuitamente di almeno due comunicazioni telefoniche o via internet o fax in ogni caso di bisogno conseguente ad

(¹²⁸) Secondo Romanelli, la responsabilità del vettore aereo nella CM è, pertanto, oggettiva entro i 113.100 DSP, mentre diviene soggettiva e presunta al loro superamento. Cfr. M. M. COMENALE PINTO, *Riflessioni*, cit., 822; A. ZAMPONE, *Le nuove norme sulla responsabilità del vettore*, cit., 7 ss.; G. ROMANELLI, *Diritto uniforme*, cit., 582, 583, 586. Dissenziente rispetto all'impostazione che duplica la responsabilità pur in presenza di un unico evento dannoso è L. TULLIO, *Spunti sulla responsabilità del vettore aereo di persone*, in *il nuovo diritto aeronautico*, Milano, 2002, 600 ss., secondo il quale si tratta di una responsabilità fondamentale soggettiva e illimitata a cui si aggiunge una prestazione indennitaria con funzione surrogatoria del risarcimento a carico del vettore fino al limite di – quelli che all'epoca erano – 100 mila DSP con riferimento al reg. (CE) n. 2027/97.

(¹²⁹) Sui rapporti tra CM e il reg. (CE) n. 261/2004 in materia di ritardo si veda L. TULLIO, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul reg. (CE) 261/2004*, in *Dir. trasp.* 2009, 367 ss.

una qualsiasi delle forme di impedimento vettoriale oggetto del regolamento ⁽¹³⁰⁾.

Più di recente, tuttavia, anche il rimedio della compensazione pecuniaria ha assunto rilevanza in materia protettiva, ma di questo sarà trattato più avanti ⁽¹³¹⁾.

Al contrario di quella aeronautica, la disciplina marittima internazionale del trasporto di passeggeri è rimasta a lungo immutata e si contraddistingue tuttora per un livello di protezione molto più basso.

Il primo intervento sovranazionale in materia è rappresentato dalla Convenzione di Atene del 1974 ⁽¹³²⁾, nella quale la responsabilità del vettore per lesioni personali e morte del passeggero avvenute nel corso del trasporto per causa o negligenza imputabile a sé o ai suoi dipendenti e preposti nell'esercizio delle loro funzioni è presunta, fino a prova contraria, se conseguente ad uno degli eventi elencati ⁽¹³³⁾, al di fuori dei quali il passeggero è tenuto a dimostrare oltre al fatto di aver subito un

⁽¹³⁰⁾ Art. 9 reg. (CE) n. 261/2004.

⁽¹³¹⁾ Il diritto alla compensazione pecuniaria è disciplinato dall'art. 7. Sul dibattito inerente alla sua natura si veda *infra* § 8, cap. III.

⁽¹³²⁾ Convenzione conclusa ad Atene il 13 dicembre del 1974 relativa al trasporto per mare di passeggeri e dei loro bagagli.

⁽¹³³⁾ Art. 3. Si tratta delle ipotesi di naufragio, abbordaggio, incagliamento, esplosione, incendio o difetto della nave.

pregiudizio nel corso del trasporto, anche l'imputabilità al vettore o ai suoi dipendenti e preposti della condotta causativa del pregiudizio ⁽¹³⁴⁾.

Per lungo tempo inosservata dalla platea internazionale, nel 2001 la Convenzione di Atene è stata oggetto di una revisione che ha portato all'adozione del Protocollo di Londra del 2002 (PAL)⁽¹³⁵⁾, con riferimento al quale, vista la complessità del sistema venutosi in tal modo a creare, è per il momento sufficiente dire che nelle fasi di imbarco e sbarco e durante la permanenza a bordo, nonché, a certe condizioni, durante il trasferimento dalla banchina alla nave e viceversa ⁽¹³⁶⁾, il vettore marittimo è responsabile della morte o delle lesioni personali del passeggero causati da incidenti sia marittimi, sia derivanti da altra causa, sebbene la natura del sinistro sia rilevante al fine della ripartizione degli

⁽¹³⁴⁾ Ai sensi dell'art. 7 della Convenzione di Atene il relativo debito risarcitorio è limitato a 7 milioni di franchi per trasporto (unità monetaria costituita da 65,5 milligrammi d'oro al titolo di 900/1000 di fino; art. 9). Anche in seno alla Convenzione in parola vi è la previsione dell'assoggettamento di qualsiasi azione alle condizioni ed ai limiti da essa previsti (art. 12).

⁽¹³⁵⁾ Protocollo di Londra del 1 novembre 2002. Tra i primi commentatori del testo consolidato cfr. F. BERLINGIERI, *L'adozione del Protocollo di Londra 2002 alla Convenzione di Atene del 1974 sul trasporto per mare di passeggeri e loro bagagli*, in *Dir. mar.* 2002, 1498 ss.; P. J. GRIGGS, *Developments in international maritime law*, in *Dir. mar.* 2003, 1058 ss. Si noti che la Convenzione di Atene nel testo emendato dal Protocollo del 2002 è entrata in vigore per l'Italia e l'Unione europea il 31 dicembre 2012, come disposto dall'art. 12 del reg. (CE) n. 392/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009, consultabile sul sito ufficiale di divulgazione del diritto europeo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:131:0024:0024:IT:PDF>.

⁽¹³⁶⁾ Si tratta dei casi in cui il prezzo di detto trasporto accessorio è compreso nel biglietto ovvero è effettuato con un'imbarcazione messa a disposizione del vettore che effettua il trasporto a cui tale servizio di trasferimento accede. Art. 1, n. 8 PAL.

oneri probatori (¹³⁷). Il sistema che emerge dal testo consolidato, infatti, si articola su un doppio livello di responsabilità sulla falsariga di quello adottato nella CM che considera il sinistro marittimo nell'accezione specificata dalla stessa PAL quale giustificazione di un obbligo di risarcimento che, fino alla somma di 250 mila DSP, può essere evitato solo al ricorrere di determinate circostanze. Al superamento di tale

(¹³⁷) Si riporta, in ogni caso, il testo dell'art. 3 PAL: «1. Il vettore è responsabile dei danni derivanti dalla morte o dalle lesioni personali subite da un passeggero a causa di un incidente marittimo nella misura in cui, per il suddetto passeggero, tali danni non siano superiori a 250 000 unità di conto per ogni singolo evento, a meno che il vettore non dimostri che l'incidente: a) è dovuto a un atto di guerra, ad ostilità, a una guerra civile, a un'insurrezione o a un fenomeno naturale di carattere eccezionale, inevitabile e irresistibile; b) è stato interamente causato da un atto o un'omissione intenzionale di un terzo. Se e nella misura in cui i danni superano il suddetto limite, il vettore è ulteriormente responsabile a meno che non provi che l'evento dannoso non è imputabile a sua colpa o negligenza. 2. Il vettore è responsabile dei danni derivanti dalla morte o dalle lesioni personali subite da un passeggero per cause diverse da un incidente marittimo se l'evento dannoso è imputabile a sua colpa o negligenza. L'onere di provare la colpa o la negligenza spetta a chi promuove l'azione risarcitoria. 3. Il vettore è responsabile dei danni derivanti dalla perdita o dal danneggiamento del bagaglio a mano se l'evento dannoso è imputabile a sua colpa o negligenza. La colpa o la negligenza del vettore si presume quando i danni sono stati causati da un incidente marittimo. 4. Il vettore è responsabile dei danni derivanti dalla perdita o dal danneggiamento di bagagli diversi dal bagaglio a mano a meno che non provi che l'evento dannoso non è imputabile a sua colpa o negligenza. 5. Ai fini del presente articolo: a) per «incidente marittimo» si intende il naufragio, il capovolgimento, la collisione o l'incaglio della nave, un'esplosione o un incendio a bordo o un difetto della nave; b) l'espressione «colpa o negligenza del vettore» comprende la colpa o la negligenza dei suoi sottoposti nell'esercizio delle loro funzioni; c) per «difetto della nave» si intende qualsiasi malfunzionamento, guasto o non conformità alle regole di sicurezza applicabili in relazione a qualsiasi parte della nave o delle sue attrezzature utilizzata per la fuga, l'evacuazione, l'imbarco e lo sbarco dei passeggeri, o per la propulsione o il governo della nave, la sicurezza della navigazione, l'ormeggio, l'ancoraggio, l'arrivo o la partenza dal luogo di ormeggio o di ancoraggio, o il contenimento dei danni dopo un allagamento, o per la messa in mare dei mezzi di salvataggio; d) il termine «danni» non comprende i danni punitivi o esemplari. 6. La responsabilità del vettore ai sensi del presente articolo si riferisce unicamente ai danni derivanti da incidenti verificatisi durante il trasporto. Chi promuove l'azione risarcitoria ha l'onere di provare che l'evento dannoso è avvenuto durante il trasporto, nonché l'entità del danno. 7. La presente convenzione lascia impregiudicato il diritto del vettore di esercitare un'azione di regresso nei confronti di eventuali terzi o di invocare il concorso di colpa ai sensi dell'articolo 6 della presente convenzione. Il presente articolo lascia impregiudicato il diritto alla limitazione della responsabilità di cui agli articoli 7 e 8 della presente convenzione. 8. La presunzione di colpa o negligenza di una parte o l'attribuzione ad essa dell'onere della prova non impediscono l'esame delle prove a favore di tale parte».

somma, la possibilità per il vettore di non rispondere del danno derivante da morte o lesioni del passeggero per via di un incidente marittimo è più ampia, essendo sufficiente la dimostrazione della mancanza di colpa o negligenza nella causazione dell'evento dannoso.

Al contrario, l'assenza di un sinistro marittimo nell'eziologia del pregiudizio esclude qualsiasi posizione di vantaggio probatorio per il passeggero, il quale si trova nella condizione di dover dimostrare che l'evento dannoso è imputabile a colpa o negligenza del vettore. In entrambi i casi, il risarcimento del danno per singolo evento non può superare i 400 mila DSP, a meno che il passeggero provi il dolo o la condotta temeraria e consapevole nella condotta dannosa del vettore o dei suoi dipendenti e preposti (¹³⁸).

Vi è infine da menzionare, per quanto riguarda il trasporto marittimo di passeggeri, il reg. (UE) n. 1177/2010 (¹³⁹). Esso, analogamente agli scopi perseguiti dal reg. (CE) n. 261/2004 in ambito aeronautico, si prefigge di garantire un elevato livello di protezione ai

(¹³⁸) Art. 13 PAL: «1. Il vettore non può avvalersi dei limiti di responsabilità di cui agli articoli 7 e 8 e all'articolo 10, paragrafo 1, qualora sia fornita la prova che il danno risulta da un atto o un'omissione commessi dal vettore stesso con l'intenzione di provocare un danno o temerariamente e con la consapevolezza che ne sarebbe derivato probabilmente tale danno. 2. Il sottoposto o l'incaricato del vettore o del vettore di fatto non può avvalersi dei suddetti limiti qualora sia fornita la prova che il danno risulta da un atto o un'omissione commessi da tale sottoposto o incaricato con l'intenzione di provocare un danno o temerariamente e con la consapevolezza che ne sarebbe derivato probabilmente tale danno».

(¹³⁹) Reg. (UE) n. 1177/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili interne e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004. Consultabile al seguente link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:334:0017:011:it:PDF>.

passaggeri, simile a quella offerta dagli altri modi di trasporto (¹⁴⁰), con particolare riguardo alla cancellazione ed al ritardo di un servizio passeggeri o di una crociera (¹⁴¹). Per siffatte ipotesi, infatti, in termini di protezione il vettore è tenuto a prestare l'assistenza in termini di cibo, bevande e alloggio (¹⁴²), nonché una compensazione economica in caso di ritardo all'arrivo (¹⁴³).

(¹⁴⁰) Considerando 1 del regolamento.

(¹⁴¹) Considerando 12 e 13.

(¹⁴²) Art. 17 reg. (UE) n. 1177/2010: «Quando un vettore prevede ragionevolmente che la partenza di un servizio passeggeri o di una crociera sia cancellata o subisca un ritardo superiore a novanta minuti rispetto all'orario previsto di partenza, offre gratuitamente ai passeggeri in partenza dai terminali portuali spuntini, pasti o bevande in congrua relazione alla durata dell'attesa, purché siano disponibili o possano essere ragionevolmente forniti. 2. In caso di cancellazione o ritardo alla partenza che renda necessario un soggiorno di una o più notti o un soggiorno supplementare rispetto a quello previsto dal passeggero, ove e allorché sia fisicamente possibile, il vettore offre gratuitamente ai passeggeri in partenza dai terminali portuali una sistemazione adeguata, a bordo o a terra, e il trasporto tra il terminale portuale e il luogo di sistemazione, oltre agli spuntini, ai pasti o alle bevande di cui al paragrafo 1. Per ciascun passeggero, il vettore può limitare il costo complessivo della sistemazione a terra, escluso il trasporto tra il terminale portuale e il luogo di sistemazione, a 80 euro a notte, per un massimo di tre notti. 3. In applicazione dei paragrafi 1 e 2, il vettore presta particolare attenzione alle esigenze delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta e dei loro accompagnatori».

(¹⁴³) Art. 19 reg. (UE) n. 1177/2010: «1. Fermo restando il diritto al trasporto, i passeggeri possono chiedere al vettore una compensazione economica in caso di ritardo all'arrivo alla destinazione finale, come indicato nel contratto di trasporto. Il livello minimo di compensazione economica è pari al 25% del prezzo del biglietto per un ritardo di almeno: a) un'ora in un servizio regolare fino a quattro ore; b) due ore in un servizio regolare di più di quattro ore ma non superiore a otto ore; c) tre ore in un servizio regolare di più di otto ore ma non superiore a ventiquattro ore; oppure d) sei ore in un servizio regolare superiore a ventiquattro ore. Se il ritardo supera il doppio del tempo indicato alle lettere da a) a d) la compensazione economica è pari al 50% del prezzo del biglietto. 2. I passeggeri in possesso di un titolo di viaggio o di un abbonamento che subiscono ritardi ricorrenti all'arrivo durante il periodo di validità dello stesso possono richiedere una compensazione economica adeguata secondo le modalità di indennizzo del vettore. Tali modalità enunciano i criteri per la determinazione del ritardo all'arrivo e il calcolo della compensazione. 3. La compensazione economica è calcolata in relazione al prezzo effettivamente pagato dal passeggero per il servizio passeggeri in ritardo. 4. Qualora il contratto di trasporto riguardi un viaggio di andata e ritorno, la compensazione economica in caso di

Come è oramai facile notare, nella disciplina internazionale in materia di trasporto, malgrado l'autonomia tra i vari testi, si sono delineati dei tratti consolidati e, si potrebbe azzardare, immutabili, in quanto acquisiti con una notevole consapevolezza e un considerevole consenso, di talché può ben parlarsi di «*principi e regole comuni*» di «*una sorta di diritto uniforme comune in materia di trasporto e, soprattutto, di responsabilità del vettore*»⁽¹⁴⁴⁾. Il riferimento in materia di trasporto di passeggeri è, oggigiorno, alla tendenza all'oggettivazione della responsabilità del vettore attuata mediante l'adozione del sistema del doppio livello, all'inderogabilità della disciplina protettiva, al riconoscimento della *contributory negligence* del passeggero quale causa

ritardo all'arrivo nella tratta di andata o in quella di ritorno è calcolata sulla base della metà del prezzo del trasporto tramite tale servizio passeggeri. 5. La compensazione economica è effettuata entro un mese dalla presentazione della relativa domanda. La compensazione economica può essere effettuata mediante buoni e/o altri servizi se le condizioni sono flessibili, in particolare per quanto riguarda il periodo di validità e la destinazione. La compensazione economica è effettuata in denaro su richiesta del passeggero. 6. La compensazione economica connessa al prezzo del biglietto non è soggetta a detrazioni per i costi legati alla transazione finanziaria quali tasse, spese telefoniche o valori bollati. I vettori possono introdurre una soglia minima al di sotto della quale la compensazione economica non è prevista. Detta soglia non può superare 6 euro».

⁽¹⁴⁴⁾ Così, già un ventennio fa, G. ROMANELLI, *I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, in *Il cinquantenario del codice della navigazione* (a cura di L. Tullio – M. Deiana), 233, anche se, rispetto ad allora, la limitazione del debito vettoriale non è più una costante, essendo assente nella CM. In un successivo scritto lo stesso Autore profetizzava l'influenza che la CM avrebbe potuto esercitare sui testi di diritto uniforme successivi in materia di trasporto, così come è in parte avvenuto in ambito marittimo. Con riguardo a quest'ultimo settore, sebbene consapevole del fatto che qualora la Convenzione di Atene del 1974 fosse stata rivista, difficilmente non si sarebbe seguito il solco tracciato dalla CM, Romanelli nutriva forti dubbi sulla possibilità che ciò avvenisse, posto che essa, fino a pochissimo tempo fa avente scarsissimo successo, prevedeva una responsabilità soggettiva e – in certi casi – presunta, nonché limitata; viste, infatti, le notevoli difficoltà con cui si è recepito il regime soggettivo e presunto, a maggior ragione era dato dubitare dell'introduzione di un regime, anche solo parzialmente, oggettivo. La Convenzione di Atene nella versione emendata dal Protocollo di Londra del 2002, infatti, mantiene un regime più favorevole per il vettore rispetto alla CM. Cfr. G. ROMANELLI, *Diritto uniforme*, cit., 593, 594.

di riduzione o esclusione della responsabilità del vettore e alla regola di assoggettare l'azione per responsabilità del vettore alla medesima disciplina a prescindere dal titolo contrattuale o meno in virtù del quale si agisce e la parificazione dell'azione del vettore a quella dei suoi dipendenti e preposti nell'esercizio delle loro funzioni.

9. *Prime considerazioni conclusive.*

Al termine di questa disamina introduttiva dei dati normativi e dottrinali utili per l'analisi del fenomeno, è già possibile affermare che i cosiddetti obblighi di protezione non sono necessaria traduzione né della buona fede, né della correttezza e ancor meno della diligenza⁽¹⁴⁵⁾: essi di sicuro non appartengono al *genus* delle clausole generali dal contenuto generico e non sono quindi destinati necessariamente a dare la misura del comportamento di una o ambedue le parti, individualmente o

⁽¹⁴⁵⁾ Il tratto comune tra la diligenza e l'obbligazione di protezione potrebbe al più essere ravvisato nell'unilateralità, posto che entrambe gravano ovviamente solo sul debitore. Tuttavia, innegabile, per il resto, è la profonda differenza che tra le due intercorre essendo la prima un criterio di comportamento, la seconda un comportamento. Esclude in radice che la diligenza possa essere la base del fenomeno di protezione F. BENATTI, *Osservazioni*, cit. 1342 ss.

relazionalmente considerate, perché possono sostanziarsi in un vincolo molto preciso ⁽¹⁴⁶⁾.

Come sarà più approfonditamente esposto in seguito, ma già si è avuto modo di intravedere, tuttavia, in materia di trasporto di persone è oramai il dato positivo a porre a carico del vettore una serie di condotte protettive, ragione per la quale è sempre più difficile, *a fortiori*, riuscire ad affermare che si tratti di una mera specificazione dei principî di buona fede e correttezza ⁽¹⁴⁷⁾. D'altro canto, la stessa dottrina sembra ormai saper cogliere la distinzione tra gli obblighi di protezione derivanti dalla mera elaborazione teorica come frutto dell'integrazione del contratto derivante dagli artt. 1175 e 1375 c.c. e obblighi che, invece, sono previsti dalla legge per le specifiche figure contrattuali ⁽¹⁴⁸⁾ ovvero nascono in virtù del meccanismo creativo di cui all'art. 1173 c.c. Così, mentre i primi accedono in maniera imprescindibile alla prestazione principale servendo alla sua realizzabilità, gli ultimi due appaiono accessori ma autonomi; la conseguenza di siffatta bipartizione consiste in ciò che

⁽¹⁴⁶⁾ Per un confronto tra fenomeno protettivo e clausole di buona fede, correttezza e diligenza finalizzato all'esclusione della loro sovrapposizione si veda S. CICCARELLO, *Dovere di protezione*, cit., 155 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ Questo aspetto è ben messo in luce da S. CICCARELLO, *Dovere di protezione*, cit., 22, 23, ove si afferma proprio che «*la buona fede, in quanto concetto generale e astratto, non impone un comportamento a contenuto prestabilito e dunque non può essere facilmente fonte di specifici doveri. E allora quando non costituisca oggetto della prestazione principale del contratto [...] il dovere di protezione più ragionevolmente fonda in via immediata la sua giuridicità sulla legge e si prospetta come effetto legale tipico*».

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. G. VISINTINI, *Inadempimento*, cit., 290 in materia di obblighi informativi.

mentre gli obblighi, per così dire, integrativi non sono autonomi e pertanto non si può discutere sulla natura della responsabilità in caso di loro violazione (¹⁴⁹), gli obblighi legali sono autonomi, ma la loro inosservanza conduce a conseguenze allo stesso modo di natura contrattuale per via della loro accessorietà (¹⁵⁰) e della loro natura di obbligazione.

Ad onor del vero, tuttavia, anche tra gli obblighi di protezione legali in senso lato si può scorgere una distinzione. Mentre quelli previsti come fattispecie precise dalla legge devono essere considerati obbligazioni legali in senso stretto, non è così per gli obblighi di protezione che nascono come obbligazioni derivanti da «*altro atto o fatto idoneo a produrle*».

Premesso che in senso lato tutte le obbligazioni hanno una comune fonte legale dal momento che l'art. 1173 c.c. consacra mediante una legge in senso materiale i titoli che possono originarle, che sia negoziale o legale la causa (¹⁵¹), detti titoli non sono altro che il presupposto *di fatto* in corrispondenza del quale la legge fa sorgere l'effetto

(¹⁴⁹) Che si riverserebbe, pertanto, nell'inadempimento della prestazione principale.

(¹⁵⁰) G. VISINTINI, *Inadempimento*, cit., 288 ss., 293.

(¹⁵¹) Sono le *variae causarum figurae* gaiane. Che fonte sia sinonimo di titolo lo insegnano sia C. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 5, sia G. IUDICA – P. ZATTI, *Linguaggio e parole del diritto privato*, Padova, 2008, 225. Sull'unicità della fonte legale si esprime chiaramente C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 468, nota 58.

giuridicamente vincolante costituito dall'obbligazione ⁽¹⁵²⁾. Ciò detto, affermare che gli obblighi di protezione nascenti *ex art.* 1173 c.c. sono di fonte legale, pur essendo corretto non rende giustizia al fatto che la loro giustificazione fattuale - che è anche la scaturigine della tutela obbligatoria legale - è costituita dall'affidamento ⁽¹⁵³⁾.

Il passaggio che si è appena svolto ha un ruolo tutt'altro che secondario nell'evoluzione moderna e contemporanea dell'istituto della protezione. Ben illustrato già nelle teorizzazioni di Canaris, l'ancorare la protezione all'affidamento ha infatti consentito la liberazione della protezione dagli angusti ambiti modali e temporali della prestazione principale, assurgendo ad obbligazione strutturalmente autonoma e di maggior ampiezza sia della prestazione caratterizzante, sia dei doveri che la regola dell'*alterum non laedere* fa gravare colui che viene comunemente definito "uomo della strada" ⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵²⁾ Di conseguenza, la differenza tra le due categorie è solo classificatoria e non sostanziale. Anche nelle fonti cosiddette legali in senso stretto, infatti, l'obbligazione consegue non già ad un'aprioristica statuizione legale ma al verificarsi di un atto o fatto illecito o lecito, giuridico o naturale. Ciò detto, nella prima categoria rientrano le obbligazioni da contratto o altro negozio, compresi quelli unilaterali, mentre nella seconda sono da ricondursi le obbligazioni da illecito e tutte quelle altre che derivano da altri eventi a cui l'ordinamento riconduce tale effetto, tra cui è da annoverarsi l'affidamento. Al riguardo si noti che l'art. 1173 c.c. non menziona espressamente tra le fonti delle obbligazioni la legge (come invece accadeva nell'art. 436 c.c. abr.) ma considera l'ordinamento nella sua generalità quale metro di valutazione dell'idoneità di «*altri fatti e atti*» (diversi dal contratto e dal fatto illecito), alla produzione di rapporti obbligatori. Cfr. P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, in *Enc. dir.* XXIX/1979, 134, 152, 153; M. GIORGIANNI, *Obbligazione* (dir. priv.), in *Noviss. dig. it.* XI/1965, 581, 603.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 468, nota 58.

⁽¹⁵⁴⁾ La responsabilità del passante, come viene definita da Castronovo, è quella che si caratterizza per l'assoluta indipendenza dell'evento lesivo rispetto alle circostanze in cui esso si verifica nel senso dell'inesistenza di qualsivoglia vincolo,

CAPITOLO II

Le caratteristiche del fenomeno protettivo.

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* - 2. *La natura molteplice degli obblighi di protezione.* - 3. *Il fenomeno protettivo tra dovere, obbligo e obbligazione: un'incertezza non solo terminologica.* - 4. *Oltre la terminologia e la concettualità classica: la teoria degli standards valutativi.* - 5. *L'obbligazione di protezione. Patrimonialità e gratuità.* - 6. *Determinatezza o determinabilità della prestazione protettiva.* - 7. *Critiche alla teoria del "trasporto sicuro".* - 8. *La posizione dell'obbligazione di protezione nella logica negoziale tra accessorietà e strumentalità. La legale collateralità.* - 9. *Il nesso che determina la collateralità dell'obbligazione di protezione.* - 10. *La natura della responsabilità derivante dall'inadempimento dell'obbligazione di protezione.* - 11. *Brevi riflessioni di chiusura.*

1. *Introduzione.*

Il capitolo che qui si apre si propone di fornire una breve descrizione tecnica delle caratteristiche dell'obbligazione di protezione. Si tratta di un passaggio privo di elementi innovativi o particolarmente complessi, ma è il momento di transito imprescindibile per le tematiche

affidamento o previsione che la collettività potesse vantare nei confronti del soggetto a cui è da ricondurre la relativa responsabilità. Si veda C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 552.

che si affronteranno nel capitolo finale di questo studio, a cui non mancheranno, pertanto, frequenti rinvii.

In particolare, si apriranno diversi interrogativi a cui si cercherà di dare una risposta nel terzo capitolo, o a cui in tale sede si aggiungeranno, quantomeno, elementi di riflessione che nascono da una visione economicamente orientata e prevalentemente europea dell'assetto giuridico contemporaneo del fenomeno protettivo.

Le direttrici dell'evoluzione italiana della materia infatti sono due: il ruolo determinante dell'Unione europea nell'imposizione della disciplina e, corollario della precedente, il fatto che detto ruolo imprime una portata più economica che giuridica agli sviluppi di settore.

Alla luce di questa breve premessa pertanto, si volge l'attenzione alle basi tecnico-giuridiche del fenomeno protettivo con l'obiettivo di approdare ad un esame completo dell'obbligazione di protezione.

2. La natura molteplice degli obblighi di protezione.

Nel precedente capitolo si è visto come il contestare l'assolutezza dell'assunto che sostiene l'esclusiva origine da correttezza e buona fede del fenomeno protettivo nasca dalla consapevolezza del fatto che gli obblighi di protezione non si sostanziano in un fenomeno unitario;

viceversa, appare fondato compiere una distinzione tra obblighi di protezione e prestazione di protezione.

In questa prospettiva, dal punto di vista del contenuto la prestazione di protezione è composta da tutta quella serie di atteggiamenti commissivi ed omissivi in parte determinati o comunque determinabili nonché economicamente valutabili, che solo il debitore deve porre in essere⁽¹⁵⁵⁾ perché funzionali alla realizzazione di una determinata finalità giuridica o materiale che, nel trasporto, è quella di evitare che la limitazione alla libertà del passeggero dovuta all'adempimento o all'inadempimento o ad un mero disservizio, non alteri oltre quanto strettamente funzionale al trasferimento stesso lo *staus quo* del passeggero⁽¹⁵⁶⁾.

Ben diversa è, invece, la categoria degli obblighi di protezione in senso stretto, ai quali sono riconducibili gli aspetti protettivi vicendevoli nel rapporto obbligatorio. La loro sostanza, ben meno pregnante della prestazione di protezione, non risponde se non indirettamente ad esigenze conservative, mediante l'impegno a cooperare affinché le -

⁽¹⁵⁵⁾ L'unilateralità debitoria degli obblighi di protezione emerge chiaramente da A. ANTONINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il diritto dei trasporti, banco di prova di una adeguata evoluzione del regime del concorso*, in *Resp. civ. e prev.* 2010, 2, 256.

⁽¹⁵⁶⁾ Nel presente lavoro si accoglie, pertanto, la concezione di protezione secondo la quale essa non deve necessariamente sostanziarsi in un comportamento in senso stretto dell'obligato, sulla base del presupposto che non tutte le obbligazioni comportano per il debitore un obbligo di fare; viceversa, la prestazione è quello strumento che raggiunge la finalità di soddisfare un interesse dedotto in contratto facente capo al creditore e che, si ribadisce, non sempre è conseguenza di un *facere*. Cfr. C. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 40.

eventualmente reciproche - prestazioni dovute siano svolte, oltre che esattamente, senza arrecare danno alla controparte nei limiti di uno sforzo diligente. Tali obblighi, peraltro, non sono facilmente descrivibili proprio perché strettamente attinential contenuto delle prestazioni sia caratterizzante, sia di protezione ed alle modalità con cui le stesse vengono effettuate ⁽¹⁵⁷⁾.

I fattori genetici degli obblighi di protezione sono pertanto correttezza e buona fede, in quanto norme di valutazione comportamentale (relazionale la prima e irrelata la seconda), valide con riferimento all'adempimento di qualsiasi obbligazione, compreso quella dell'obbligazione di protezione, la quale, invece, non deriva da nessuna delle due ⁽¹⁵⁸⁾. Di conseguenza, premesso che possa ipotizzarsi una distinzione tra contenuto del contratto ed effetti dello stesso, parlare per certi determinati aspetti di obbligazione e non di obblighi di protezione consente di spostare il fenomeno protettivo dal piano degli effetti a quello del contenuto del contratto, quest'ultimo inteso sia in

⁽¹⁵⁷⁾ Con riferimento all'esempio del contratto di appalto, si pensi al caso in cui il committente paghi il corrispettivo con monete di taglio eccessivamente piccolo rispetto all'importo dovuto, oppure non avvisi l'appaltatore dell'esistenza di condizioni particolari del luogo capaci di rendere in progresso di tempo la realizzazione dell'opera più gravosa di quanto previsto al momento della stipulazione del contratto, o viceversa all'ipotesi dell'appaltatore che accetti un incarico relativo ad un'opera pur consapevole dell'impossibilità di ottenere un pieno soddisfacimento delle esigenze del committente, e via dicendo. È agevole notare come si tratti prevalentemente di condotte informative che sono omesse o tenute in modo errato o, addirittura, ingannevole. Nell'ambito della prestazione di protezione, invece, l'obiettivo è la protezione della controparte; mantenendo come esempio il contratto di appalto per l'edificazione di un immobile, l'appaltatore è tenuto a delimitare il cantiere, installare reti protettive, predisporre un impianto di allarme nell'impalcatura, rinnovare di frequente i propri strumenti da lavoro ovvero farne verificare la perfetta funzionalità e via dicendo.

⁽¹⁵⁸⁾ Affermazione che trova conferma in S. CICCARELLO, *cit.*, 186.

senso volontario, sia in senso precettivo ⁽¹⁵⁹⁾. In altre parole, mentre la prestazione di protezione aggiunge contenuti al contratto già dalla sua nascita convogliando istanze solidaristiche in un contegno vincolante, il semplice obbligo di protezione integra il rapporto solo in sede esecutiva con sfumature comportamentali prevalentemente legate all'eventualità, alla contingenza e, non ultimo, alle aspettative delle parti, con la conseguenza che solo la prima lascia spazio ad una tutela preventiva.

Una precisazione deve inoltre essere fatta a riguardo del carattere eventuale degli obblighi di protezione da buona fede pocanzi citato. È facile infatti pensare che anche la prestazione di protezione possa trovare esecuzione solo in risposta ad esigenze contingenti, richiamando essa l'idea di pronto intervento a tutela della salute e del benessere del creditore. Questa prospettiva, però, si rivela sbagliata se si pensa al contratto di trasporto di persone (così come, più in generale, ad un qualsiasi contratto di appalto), nel quale una condotta attiva od omissiva o di entrambi i tipi è sempre prevista nell'ottica di prevenire lesioni o rimediare alle loro conseguenze e se non determinata è quantomeno determinabile in relazione al contesto che, in sede di adempimento, si viene a delineare, senza che in questa logica alcuna importanza sia data all'aspettativa da parte del creditore. L'eventualità, pertanto, può riguardare alcuni aspetti della protezione ovvero la sua portata in

⁽¹⁵⁹⁾ Sul punto fa una lunga riflessione S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 76 ss.

concreto, fermo restando che un suo contenuto minimo è sempre espletato e che le sue varianti attuative altro non sono che comportamenti comunque previsti da protocolli comportamentali che spesso è il debitor stesso ad aver predisposto e quindi sa di dover tenere a fronte di determinati presupposti. L'obbligazione di protezione, quindi, esiste imprescindibilmente ogniqualvolta la prestazione caratterizzante abbia come area di adempimento cose o la stessa persona del creditore ⁽¹⁶⁰⁾.

Le teorie più risalenti non hanno saputo cogliere questa distinzione manifestando chiusura verso la possibilità di ipotizzare una prestazione avente carattere protettivo e dotata di forti peculiarità, quali autonomia, unilateralità, gratuità, imprescindibilità, collateralità. La colpa di questo limite può essere attribuita al fatto che fino ad un passato non molto remoto lo sviluppo delle attività produttive e tecnologiche era ben lontano da quello odierno, ragione per la quale la prestazione di protezione aveva necessariamente un contenuto ristretto, pressoché limitato alla mera esecuzione del trasporto diligente. Ovviamente, l'argomento è sostenibile a maggior ragione con riferimento ai commentatori antecedenti l'entrata in vigore del codice civile e del codice della navigazione, che non conoscevano una disciplina del

⁽¹⁶⁰⁾ Peraltro, come si è visto nel capitolo precedente, con riferimento al contratto di trasporto oramai le previsioni positive hanno delineato in modo penetrante la figura dell'obbligazione di protezione. In linea teorica generale comunque, si deve ritenere che la fonte di riferimento nazionale dell'obbligazione di protezione sia l'art. 1173 c.c. Essa, infatti, nasce dal contatto tra le sfere giuridiche dei contraenti e dall'affidamento conseguentemente ingenerato nel creditore, evento che è di per sé idoneo a concretare uno di quei fatti rilevanti ai sensi dell'art. 1173 c.c. al fine dell'insorgenza di un vincolo che solo in un secondo momento si specifica mediante le clausole generali di correttezza e buona fede.

contratto di trasporto che distinguesse il tratto dislocativo da quello protettivo (¹⁶¹).Attualmente invece, con particolare riguardo al trasporto di passeggeri, le cose stanno in modo profondamente diverso: sul vettore gravano veri e propri doveri comportamentali commissivi ed omissivi imposti dalla legge e dagli *standards* di settore che spesso comportano ingenti investimenti e che è persino difficile ritenere che non influiscano sulla determinazione della tariffa, portando a dubitare su uno dei tratti tradizionalmente salienti dell'obbligazione di protezione nel trasporto, ossia la gratuità (¹⁶²). In altri termini, se i primi studiosi della materia hanno trovato nella buona fede la ragione degli obblighi di protezione lo hanno fatto a ragion veduta ed in modo pienamente condivisibile anche agli occhi del commentatore contemporaneo, purché questi sappia cogliere le differenze storiche, culturali, giuridiche e sociali che intercorrono tra il tempo dei primi passi in campo ad oggi; differenze che hanno fatto sì che il contratto di trasporto si arricchisse di nuovi contenuti obbligatori.

Si ribadisce quindi, che il dovere di comportarsi secondo buona fede e i contenuti di protezione che in tal senso derivano, si manifestano di aspetto generico e verificabili solo *case by case*, mentre l'autentica prestazione protettiva discende da un vincolo di contenuto piuttosto

(¹⁶¹) Anche se, non bisogna dimenticare che al momento dell'elaborazione del codice civile e del codice della navigazione era comunque già stata emanata la Convenzione di Varsavia del 1929, a cui il secondo si è ispirato.

(¹⁶²) Sull'argomento si veda *infra*, § 8 del presente capitolo.

preciso e solo in minima parte contestualizzabile, nonché rispondente alla tutela di un valore primario del sistema (¹⁶³). A ciò si aggiunga che anche essa deve essere adempiuta secondo buona fede ed in ossequio a quegli obblighi protettivi secondari e strumentali di cui si è diffusamente parlato *supra*.

Ad ogni modo, è il caso di tessere gli elogi del legislatore del '42 che, con estrema sensibilità e lungimiranza ha avuto il merito di cogliere il fenomeno illustrato in queste pagine agli albori e la capacità di prevederne gli sviluppi non solo nazionali con una disciplina capace di dettare il limite proprio fra un mero trasporto diligente ed eseguito correttamente ed in buona fede e quella prestazione di protezione di cui solo di recente si discute.

3. Il fenomeno protettivo tra dovere, obbligo e obbligazione: un'incertezza non solo terminologica.

Ricorrendo ad una metafora, nelle pagine che precedono si è avuto modo di analizzare, anche tramite un breve *escursus* storico, non solo l'anima degli obblighi di protezione (il loro scopo, i loro principî

(¹⁶³) Cfr. S. CICCARELLO, *Dovere di protezione*, cit., 168, il quale, tuttavia, si esprime in termini di dovere di protezione.

ispiratori, le loro ragioni giustificatrici), ma altresì tratti del loro corpo (la loro natura, il loro funzionamento).

Si tratta ora di ritornare in qualche misura su quei passi per analizzare in modo approfondito la struttura degli obblighi di protezione.

Il primo passo da compiere per uno studio completo del fenomeno è nel settore della terminologia. Nell'avvicinarsi al tema, infatti, si nota la facilità con cui nelle trattazioni inerenti all'argomento i termini obbligo, dovere, obbligazione e prestazione, sono usati quasi come se tra di essi sussistesse una certa interscambiabilità. Certo, non si può avere la pretesa di approfondire in questa sede un tema come quello delle situazioni giuridiche soggettive passive per il quale, giustamente, si rinvia ad altre sedi ed a più complete ed illustri disamine; tuttavia, il dovere di fare chiarezza impone qualche breve precisazione.

La terminologia più diffusa quando si parla di protezione è quella che fa uso alternativamente dei vocaboli “obblighi” o “doveri”, quest'ultimo, data la portata extracontrattuale, adottato presumibilmente nella consapevolezza del fatto che la cura e la tutela che ne sostanziano l'adempimento trascendono in qualche modo gli interessi della controparte e possono pertanto ricomprendere anche situazioni non immediatamente inquadrabili nell'ambito di un'obbligazione.

Tuttavia, questa incertezza terminologica esprime tutta l'incertezza teorica che avvolge il fenomeno. Si deve infatti ricordare che, pur nel silenzio del legislatore, secondo costante dottrina è possibile

attribuire a dovere, obbligo e obbligazione, un preciso significato che colloca ciascuno di essi in un preciso ambito fenomenico (¹⁶⁴).

In particolare, malgrado il legislatore utilizzi in modo apparentemente indifferente i termini dovere ed obbligo, una distinzione tra i due viene ravvisata nell'indeterminatezza del destinatario nel primo caso e nella non patrimonialità del comportamento dovuto nel secondo. Più precisamente, il dovere in senso stretto è quella situazione giuridica soggettiva passiva che deriva da una norma attraverso un comando o un divieto imposto a chiunque, fra i componenti della collettività, venga a trovarsi in una certa situazione (¹⁶⁵). Ne deriva la portata meramente generale della figura che rimane esterna rispetto ai costituendi rapporti intersoggettivi e resta pertanto priva di un destinatario determinato (¹⁶⁶); di conseguenza, deve negarsi la sostenibilità di una pretesa in senso tecnico da parte di coloro che, dalla violazione del precetto, potrebbero essere pregiudicati (¹⁶⁷).

Dall'altro lato, l'obbligo designa quella situazione giuridica soggettiva passiva caratterizzata dalla determinatezza del destinatario per via della sua collocazione interna ad un rapporto, con conseguente

(¹⁶⁴) Si veda sul tema P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., 134 ss.

(¹⁶⁵) Usando le parole di Miccio si può dire che «*Il dovere di protezione può, quindi, dirsi violato quando taluno col proprio comportamento imprudente o negligente lede l'altrui sfera dei diritti soggettivi, viola, in altre parole, il principio del neminelaedere*». Cfr. R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, Torino, 1961, 35.

(¹⁶⁶) P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., 140.

(¹⁶⁷) U. SALVESTRONI, *Nozioni generali di diritto civile*, Milano, 2005, 11.

possibilità di pretendere la relativa condotta; in altre parole, quando un dovere viene inglobato da un diritto, il primo si trasforma in obbligo e diviene esigibile a fronte di un'autentica pretesa (¹⁶⁸). Quest'ultima, tuttavia, non ha un contenuto patrimoniale né diretto, né riflesso, pur essendo azionabile autonomamente (¹⁶⁹).

I caratteri della determinatezza del destinatario e della patrimonialità del comportamento dovuto si ritrovano invece entrambi nell'obbligazione, la quale si pone nei confronti dell'obbligo in un rapporto di genere a specie, avendo essi un unico contraltare: il diritto soggettivo. Ne deriva che il risultato dell'inosservanza di un obbligo così come di un'obbligazione è la responsabilità contrattuale (¹⁷⁰), proprio perché il dovere così qualificato diviene parte integrante del rapporto in funzione di strumento per il soddisfacimento dell'interesse tutelato dal diritto; a sua volta, l'inadempimento dell'obbligo rappresenta una menomazione dell'impianto, lesione di cui l'autore non può non rendere conto (¹⁷¹). Sulla figura dell'obbligazione peraltro, non sorgono dubbi circa l'esistenza e l'autonoma configurabilità, giusta l'attenzione dedicata dal legislatore che ha per essa confezionato una disciplina

(¹⁶⁸) La tesi, consolidata in dottrina, è confermata in termini analoghi anche da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 454.

(¹⁶⁹) Cfr. C. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 82, nota 22.

(¹⁷⁰) C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 454.

(¹⁷¹) Cfr. U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., 57 ss.

generale *ad hoc*, per mezzo della quale ci giunge una descrizione del fenomeno, senza tuttavia che sia fornita una definizione della stessa.

Trasponendo questo discorso sul piano della protezione in senso ad un vincolo obbligatorio inteso in senso ampio, è quindi evidente che nella classificazione del fenomeno protettivo tutto si gioca sul carattere patrimoniale o meno della stessa, essendo peraltro incontrovertibile che non è corretto parlare di doveri di protezione se non con riferimento all'ambito extracontrattuale o, al massimo, precontrattuale.

Infine, un importante e ulteriore elemento da considerare nell'attività di definizione della protezione è che quando essa inerisce al trasporto di persone, assume carattere monodirezionale ⁽¹⁷²⁾: dal debitore della prestazione caratterizzante al creditore. Questo perché il passeggero mira ad un trasferimento utile in senso spaziale e temporale, accompagnato dalla sicurezza che le limitazioni che subirà a tal fine non saranno pregiudizievoli per la sua integrità psico-fisica e patrimoniale. Di qui la presenza di un vero e proprio interesse obiettivamente valutabile e particolarmente qualificato in veste di motore della prestazione di protezione ⁽¹⁷³⁾. Una prestazione, si noti, che avendo come oggetto

⁽¹⁷²⁾ In generale, tuttavia, può dirsi che il discorso vale per tutti quei contratti che per la loro esecuzione necessitano di un contatto materiale con la persona e i beni del creditore.

⁽¹⁷³⁾ L'importanza dell'interesse nella genesi dell'obbligazione è sancita positivamente dall'art. 1174 c.c., dal quale pertanto si desumono due criteri fondamentali della teoria delle obbligazioni, ossia l'indispensabilità di un interesse creditorio e l'assenza della necessità della patrimonialità della prestazione, come sottolinea P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., 194, 195. Sul ruolo dell'interesse in relazione al fenomeno dell'inadempimento si svolgono le considerazioni di C. M.

materiale del suo esplicarsi la persona, ha la duplice caratteristica della tendenziale evidenza ed irreversibilità dell'inesatto o mancato adempimento. In altri termini, la lesione del creditore si identifica con l'elemento oggettivo di quella che in questa sede si vuole definire come prestazione di sicurezza e protezione della persona ed è perciò in sé e per sé è ritenuta idonea a far presumere un adempimento della protezione in qualche misura manchevole, così come è altresì causa di una delusione definitiva dell'aspettativa del creditore ⁽¹⁷⁴⁾.

BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* 1964, 478 ss. richiamando, peraltro, la c.d. giurisprudenza degli interessi di Heck, tradizionalmente contrapposta alla giurisprudenza dei concetti, come ricorda C. LUZZATI, *La normalizzazione delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in *RCDP* 2013, II, 163 ss. Lo stesso Bianca, peraltro, ravvisa nell'interesse del soggetto debitore il limite all'apprezzabilità del sacrificio, oltre il quale egli non è tenuto ad andare «in mancanza di una particolare tutela giuridica». Così C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* 1983, 205, 209, 210. Ciò è perfettamente in linea con il concetto secondo il quale «la buona fede si concretizza in obblighi contrattuali specifici che, per l'appunto, trovano fondamento nell'economia del contratto e mirano a far sì che anche gli interessi dell'altra parte, relativi al rapporto economico così come voluto dai contraenti, siano salvaguardati». Così G. M. UDA, *Buona fede oggettiva ed economia contrattuale*, cit., 366, 370 ss., il quale precisa altresì che il concetto di buona fede trova concretezza, alla luce dei criteri della normalità e dell'affidamento, alla luce della valutazione complessiva dell'economia contrattuale.

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. AA. VV., *Codice dei trasporti*, Milano, 2011 486, 490 ss.. A questo riguardo, tuttavia, in progresso di tempo sono stati introdotti dalla giurisprudenza e dalla normativa trasportistica molti correttivi giustificati dai risvolti di utilità economico e sociale dell'attività vettoriale, quali la distinzione tra danni in occasione e danni a causa del trasporto e quella tra incidente marittimo e non, nonché il sistema del *two tier liability* e la limitazione del debito..

4. Oltre la terminologia e la concettualità classica: la teoria degli standards valutativi.

Come si è in precedenza affermato ed argomentato (¹⁷⁵), il generico dovere di protezione si trasfonde in un'obbligazione che ha origine nell'art. 1173 c.c. e che ha ad oggetto una prestazione di protezione; a partire da questo assunto però, parte della dottrina precisa che protezione ed adempimento sono due vicende del rapporto obbligatorio, secondo un'impostazione unificante che considera l'adempimento come «*armonica e compiuta realizzazione di tutti gli interessi insiti nel rapporto*» (¹⁷⁶), attraverso il richiamo ai c.d. *standards* valutativi (¹⁷⁷).

L'individuazione della figura degli *standards* canonici valutativi nasce da una sensibilità giuridica particolarmente profonda, tale da consentire di cogliere e definire quell'entità nebulosa e di variegata composizione che aleggia sulla formazione giudiziale del diritto non solo nei sistemi di *Common law* – dove trova la sua origine (¹⁷⁸) – ma altresì nei sistemi di *civil law*, ove si tenga conto del fatto che ogni giudice, alla volta della decisione del caso pratico, non solo applica le norme esistenti

(¹⁷⁵) Cfr. *supra* §9, cap. I.

(¹⁷⁶) S. CICCARELLO, *Dovere*, cit., 241 ss. e nota 121, 65.

(¹⁷⁷) Sull'argomento si veda anche V. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.* 1987, 1 ss.

(¹⁷⁸) Cfr. A. FALZEA, *cit.*, 1.

ad ogni livello, ma fa altresì ricorso ai principî generali e lega le due entità in un'argomentazione nutrita di logica, etica ed equità⁽¹⁷⁹⁾. Questo magma giuridico orienta l'interprete verso un'applicazione del diritto socialmente e culturalmente conforme alla realtà anche attraverso una vera e propria integrazione più o meno dettagliata della fattispecie astratta in cui è stato sussunto il caso concreto.

Destinata ad un'applicazione generalizzata, la teoria degli *standards* valutativi è stata di particolare utilità a chi ha ravvisato in essa la ragione dell'integrazione del contratto in termini di dovere di protezione. Per meglio dire, gli *standards* sarebbero la fonte del dovere di protezione che, collocata al di sopra del sistema delineato dall'art. 1173 c.c., rivelerebbe l'esistenza di un meccanismo idoneo a consentire l'imposizione dei canoni protettivi a qualsiasi contratto in modo

⁽¹⁷⁹⁾ Ciccarello qualifica come *standards* anche buona fede, correttezza e – forse – diligenza, facendoli derivare dal principio generale della solidarietà. È evidente che in questo caso vi è una sovrapposizione tra *standards* e clausola generale per cui ci si domanda che scopo abbia teorizzare una categoria generale nuova per poi sovrapporla ad una già esistente. Del resto, lo stesso Autore riconosce che «*gli standards sono per un verso tipi reali, in quanto riferiti a comportamenti e situazioni che trovano riscontro nella realtà, ma sono anche tipi ideali nella misura in cui offrono indicazioni per la determinazione di una "regola di decisione" del caso concreto*», in tal modo riconoscendo che almeno parte dei canoni valutativi si identifica con le clausole generali. Probabilmente gli *standards* valutativi hanno una dimensione ampia che ricomprende sia le clausole generali, là dove previste, sia tutto ciò che è il percorso logico-argomentativo che si sedimenta nella storia giurisprudenziale e dottrinale e che, non trovando riscontro normativo oggi, è destinato a costituirne le basi un domani. La stessa solidarietà, peraltro, è per l'Autore il principio generale da cui deriva anche lo *standards* dell'*honeste vivere* nella declinazione dell'*alterum non laedere*. Cfr. S. CICCARELLO, *Dovere di protezione*, cit., 251 ss., 258. Per inciso, contrariamente a quanto affermato da A. FALZEA, *cit.*, 2, a modesto avviso di chi scrive l'equità, pur potenzialmente coinvolta nella decisione della fattispecie concreta non è una clausola generale in quanto non è volta alla creazione di una regola superiore dotata di universalità, bensì all'elaborazione di una soluzione destinata ad operare entro i limiti del singolo caso concreto.

autoritativo, ma senza la necessità di individuarne l'esatto referente positivo ⁽¹⁸⁰⁾.

Ebbene, a modesto avviso di chi scrive non è semplice sostenere la tesi degli *standards* valutativi ed i relativi corollari quando si parla di protezione, soprattutto con riferimento al trasporto aereo e marittimo di passeggeri, o della relativa obbligazione in buona misura un contenuto imposto positivamente. Tuttavia, l'onestà intellettuale impone di applicarsi affinché non passi in secondo piano il fatto che i contenuti internazionali ed europei che tanta pregnanza hanno attribuito alla disciplina hanno semplicemente tradotto un'esigenza protettiva che già la dottrina, la giurisprudenza e gli operatori del settore avevano fortemente avvertito. In estrema sintesi, sebbene tradizionalmente si sostenga che morale, etica e diritto siano distinti, non è meno vero che il diritto traduce le istanze morali ed ideali della società in cui è destinato ad operare ⁽¹⁸¹⁾ e che spesso entrano nella cultura giuridica in un primo momento gradualmente e quasi impercettibilmente attraverso le aule dei

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. S. CICCARELLO, *Dovere*, cit., 244, 254, 261, il quale così traduce in pratica il pensiero di Falzea, secondo il quale gli *standards* «consentirebbero la ricezione diretta dei modelli giuridici di comportamento dal sistema dei valori etico sociali con la esclusione di una loro riformulazione costitutiva da parte del legislatore», precisando inoltre che «questi modelli di azione, nel loro ufficio di norme integrative, entrano in applicazione nello stesso momento in cui entrano in applicazione le norme integrate: cioè nel tempo reale in cui, verificatosi il fatto giuridico, si definisce compiutamente, nella sua attualità e concretezza, il problema giuridico e si pone la necessità immediata della sua soluzione». Così A. FALZEA, cit., 16.

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. P. S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, IV ed., Oxford, 1989, 2.

tribunali, e solo in seconda battuta in modo netto e sensibile tramite l'opera del legislatore ⁽¹⁸²⁾.

In questo senso effettivamente la teorizzazione degli obblighi di protezione ha avuto origine in quel brodo primordiale dato dalla riflessione dottrinale e da quella giurisprudenziale, ma ci si domanda perché ricercare la fonte dell'obbligazione di protezione in un'entità che, sebbene utile e pregevole, non è espressamente prevista dall'ordinamento, se quest'ultimo offre tutti gli strumenti per la sua determinazione contenutistica, così peraltro sacrificando la certezza del diritto. Attribuendo infatti alla protezione la natura di obbligazione scaturente dagli obblighi di solidarietà, dal diritto alla salute e dal bisogno di sicurezza che limita l'iniziativa economica privata, si traduce in obbligazione qualcosa che è notoriamente valore fondamentale del sistema in attesa di "specializzazione". Questo qualcosa, passando poi attraverso l'art. 1173 c.c., fa assumere alla protezione i caratteri dell'obbligazione autonoma e non della mera specificazione dell'obbligazione di trasferimento ⁽¹⁸³⁾. Il risultato è che, a prescindere dalle espresse previsioni che attualmente delineano il fenomeno,

⁽¹⁸²⁾ «Si tratta di modelli generali di vario tipo e di varia natura, ai quali fa talora riferimento espresso il diritto formalizzato ma che altre volte costituiscono il tacito presupposto delle leggi o degli altri fatti normativi», come afferma A. FALZEA, *cit.*, 1.

⁽¹⁸³⁾ Del resto lo stesso C. CICCARELLO, *Dovere di protezione*, *cit.*, 263, che propugna la tesi degli *standards* valutativi, afferma che tutta questa fenomenologia si traduce in un'obbligazione derivante da ogni altro o fatto idoneo a produrla in conformità all'ordinamento giuridico *ex art.* 1173 c.c.

l'obbligo di protezione, nasce in virtù del meccanismo solidaristico combinato con l'art. 1173 c.c. e si impone nel rapporto obbligatorio attraverso un'ulteriore obbligazione di fonte legale in cui, volendo tenere conto della teoria degli *standards* valutativi, questi confluiscono; da ciò deriva che in questa fattispecie lo *standard* esiste nei termini in cui esso è adempimento dell'obbligazione di protezione. In questo contesto lo *standard* valutativo può ben precisare il contenuto della protezione alla luce delle circostanze del caso non tanto diversamente da quanto facciano buona fede e correttezza, ma non costituirne la fonte.

Un'impostazione basata esclusivamente sugli *standards* valutativi, invece, pone seri problemi in punto di esigibilità della mera protezione. Non sembra infatti sufficiente affermare semplicemente che, dal momento che per via dello *standard* valutativo si acclara che il contenuto protettivo integra la prestazione, anche la protezione è ammessa in automatico a ricevere la tutela contrattuale ivi compresa l'azionabilità anticipata rispetto alla verifica del danno ⁽¹⁸⁴⁾. Il fatto stesso che si parli di una mera integrazione, infatti, e che detta integrazione trovi spazio grazie a un meccanismo che, sebbene storicizzati, applichi canoni dotati da una buona dose di inafferrabilità nella fase pre-applicativa, non agevola di sicuro un'eventuale esigibilità anticipata rispetto al danno.

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. S. CICCARELLO, *cit.*, 255.

Pur essendo fondata e preziosa, pertanto, la teorizzazione dei canoni valutativi si rivela insufficiente sul piano della protezione perché malgrado possa contribuire alla spiegazione di un fenomeno non supera il dato della sua genesi e non spiega quale conquista è conseguita ad una siffatta elaborazione.

Anche il tentativo di accomunare *standards* valutativi e clausole generali, al fine di riconoscere ai primi un ruolo diretto nella nascita dell'obbligazione di protezione, è destinato a non avere esito positivo⁽¹⁸⁵⁾. Gli *standards* valutativi sono infatti più vicini alle c.d. norme sociali di condotta⁽¹⁸⁶⁾ che alle clausole generali; in particolare essi, più che dettare criteri generali di orientamento per la condotta delle parti, forniscono modelli comportamentali di fatto, in ciò dando vita alle espressioni concrete in cui le clausole generali a loro volta si traducono⁽¹⁸⁷⁾ e quindi un fenomeno a queste ultime subordinato e non già parallelo.

⁽¹⁸⁵⁾ Sui rapporti tra *standards* valutativi e clausole generali si veda E. FABIANI, *Norma elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principî generali dell'ordinamento*, in *Foro it.* 1999, I, 3558, 3653 ss., il quale sostiene la distinzione tra le due nozioni, sulla base del fatto che si deve «riconoscere alle clausole generali la valenza di “norme di direttiva” che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandola ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale che non si esaurisce nell'indicazione di uno scopo, bensì indica una misura di comportamento».

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP* 1986, 12. Il carattere fortemente storico degli *standards* valutativi è messo in evidenza nel raffronto con i principî fondamentali (dotati, invece, di preminente idealità), dallo stesso A. FALZEA, *cit.*, 13.

⁽¹⁸⁷⁾ Appare quindi corretto sintetizzare gli *standards* valutativi nel principale strumento di adattamento e applicazione - o concretizzazione - della norma giuridica e, quindi, di creazione della c.d. realtà giuridica. Cfr. A. FALZEA, *cit.*, 9 ss.

Tutto questo fa ritenere fondato sostenere che pur essendo clausole generali e *standards* valutativi validi strumenti di orientamento per gli attori economici, nonché fondamentali elementi logico-argomentativi per e nella decisione giudiziale ⁽¹⁸⁸⁾, non è facile arrivare ad affermare che essi possano essere la fonte dell'obbligazione di protezione. Si deve viceversa confermare che, per quanto riguarda il nostro ordinamento, la genesi del fenomeno protettivo deve essere ricondotto in generale agli artt. 2, 36 e 41 Cost. ⁽¹⁸⁹⁾, dai quali, con o senza l'intermediazione degli *standards* valutativi, deriva l'accoglimento delle istanze di sicurezza del contraente privato del potere di autoprotezione, poi convogliate in un vincolo obbligatorio in senso stretto grazie all'art. 1173 c.c.

⁽¹⁸⁸⁾ Si ribadisce che non si vuole con questo escludere che dati non puramente giuridici entrino nella formazione del diritto, soprattutto vivente. In accordo con C. M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* 1964, I, 478 ss., *passim*, si ritiene che essi siano un indispensabile strumento di genesi ed evoluzione del diritto in modo idoneo a soddisfare le esigenze socio-economiche della società in cui nasce ed opera.

⁽¹⁸⁹⁾ Si noti che la solidarietà, sebbene secondo impostazioni rinnovate dalle differenti ideologie che la invocano, è principio noto non solo alla nostra Carta fondamentale, bensì riconosciuto a livello sovranazionale. Si pensi al Trattato che istituisce una Costituzione per l'Unione Europea (2004/C 310/01), che integra inglobandola la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2010/C 83/02), il quale dedica il capo IV della parte II proprio al suddetto principio, specificandone l'aspetto imprescindibile in tutta una serie di settori non solo economicamente rilevanti. Un riflesso internazionale del dovere di solidarietà può essere peraltro visto nell'art. 28 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, ove si legge che «*Ogni individuo ha diritto ad un ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e la libertà enunciati in questa Dichiarazione possano essere pienamente realizzati*».

5. L'obbligazione di protezione. Patrimonialità e gratuità.

Nel corso del presente lavoro, è emerso con chiarezza che chi scrive accoglie l'impostazione secondo la quale il fenomeno obbligatorio non può essere visto come il mero scambio tra prestazione caratterizzante e controprestazione, ma è un microcosmo nel quale siffatto concetto essenziale è solo il nucleo attorno al quale altri interessi, non necessariamente di inferiore rilievo, sono coinvolti ed altri contegni sono dovuti (¹⁹⁰).

Acquisita dal lettore questa consapevolezza, ad avviso di chi scrive e avendo riguardo al contenuto del fenomeno protettivo conferimento al trasporto, non è possibile parlare del primo come di un generico dovere o di un mero obbligo di protezione, essendo maggiormente congeniale alla fattispecie fin qui delineata la nozione di obbligazione (¹⁹¹). Per questa via, anche nell'ambito della sicurezza oramai, così come è dato riscontrare in ogni terreno obbligatorio, le parti ottengono che i diritti ed i

(¹⁹⁰) L'assunto è peraltro da tempo consolidato nella dottrina italiana. V. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 133, 134. Lo stesso Autore parla di «*rapporto complesso, all'interno del quale l'obbligo di prestazione è solo il nucleo fondamentale di una struttura integrata da una serie di situazioni soggettive ad esso funzionalmente connesse*»; cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 133, 134.

(¹⁹¹) Ovviamente, là dove il concetto di obbligo sia inteso in senso proprio e non nel caso in cui sia utilizzato come sinonimo di obbligazione, come fa C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., *passim*.

doveri rispettivi siano definiti con la massima certezza e che ciascuno sia vincolato alle obbligazioni nascenti dal rapporto ⁽¹⁹²⁾.

Fatte queste premesse, a sostegno della tesi della natura di obbligazione in senso stretto del dovere protettivo è necessario esaminare gli aspetti che possono destare una maggiore perplessità con riferimento agli obblighi di protezione: patrimonialità e determinatezza o determinabilità della prestazione.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è noto che il carattere della patrimonialità nella prestazione sussiste anche quando questa non è produttiva di un vantaggio economico nella sfera giuridica del creditore ⁽¹⁹³⁾. Partendo quindi dall'assunto secondo il quale la prestazione non deve necessariamente condurre ad un arricchimento materiale del creditore (art. 1174 c.c.), la valutabilità economica è un concetto che a sua volta riflette l'apprezzabilità, in un determinato contesto socio-economico, del fatto che un certo contegno sia dovuto sulla base di un vincolo giuridico a fronte di un sacrificio patrimoniale della controparte. In altre parole, la patrimonialità è la traducibilità in termini monetari dell'importanza del comportamento dedotto in contratto, a prescindere, si

⁽¹⁹²⁾ Sulla base, pertanto, del tipico ruolo del diritto nella relazione sociale di tipo contrattuale così come definito da P. STEIN – J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981, 39, 40.

⁽¹⁹³⁾ La patrimonialità, secondo l'interpretazione più rigorosa, è un carattere e non un requisito della prestazione in quanto serve semplicemente per distinguere un'obbligazione (che, per l'appunto, ha ad oggetto una prestazione dal carattere patrimoniale), da un mero obbligo. Cfr. P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., 137, 138; A. CHIANALE, *Obbligazione*, in *Dig. disc. priv.* XII/1995, Torino, 337, 341.

noti, dalla natura pecuniaria della controprestazione (¹⁹⁴). Detta impostazione, peraltro, sorregge tutta la vita della prestazione e dell'obbligazione ed è particolarmente evidente nell'eventuale fase patologica dell'inadempimento, quando l'interesse del creditore è soddisfatto dal risarcimento surrogatorio della prestazione (¹⁹⁵).

Se, dunque, quello che la patrimonialità misura è la semplice valutabilità economica della prestazione, tale aspetto è innegabilmente presente nella prestazione di protezione al pari di quella caratterizzante.

Ci si domanda di conseguenza se possa ipotizzarsi che il passeggero *acquisti* la prestazione di protezione e se, pertanto, egli possa avanzare richieste restitutorie nel caso in cui giunga incolume a destinazione malgrado la mancata adozione delle misure di protezione.

A tale quesito deve essere data risposta negativa. Sebbene, infatti, non sia escluso che l'attività protettiva possa persino divenire oggetto di un'implementazione oltre i limiti normativamente imposti in virtù una

(¹⁹⁴) La patrimonialità, infatti, può *anche* derivare dalla volontà delle parti, come nel caso della pattuizione di un corrispettivo o dell'inserimento nel contratto di una clausola penale, ipotesi in cui la valutazione convenzionale monetizza la prestazione, come afferma A. CHIANALE, *Obbligazione*, cit., 340; nello stesso senso M. GIORGIANNI, *Obbligazione*, cit., 585. Emblematiche in tal senso sono le parole di R. MICCIO, *Delle obbligazioni*, cit., 9: «la valutabilità economica consiste in un apprezzamento relativo soggettivo per eccellenza, poiché la valutazione è atto dell'uomo e come tale non può venire cristallizzata in un denominatore comune ed immutabile», quale sarebbe quello del carattere oggettivamente patrimoniale della prestazione.

(¹⁹⁵) Secondo la teoria generale delle obbligazioni, la delusione dell'aspettativa creditoria «richiede un surrogato della cooperazione mancata» perché «accanto all'interesse alla prestazione sorge nel creditore un interesse surrogatorio a conseguire quel surrogato che gli è dovuto in seguito alla delusione della sua aspettativa che può essere, sia reintegrazione in forma specifica (es. restituzione), sia risarcimento del danno, così come è contemplato nell'art. 1123», E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 109, ma anche 51 e 52; P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., 186.

strategia imprenditoriale di incentivazione della domanda (¹⁹⁶), pare da escludere la possibilità di individuare un autentico compensodestinato a costituire la controprestazione della prestazione di protezione. Quest'ultima, infatti, pur essendo essenziale al pari di quella di trasferimento, non necessita di alcuna controprestazione da parte del passeggero stante la sua natura legale; il passeggero, al più, è tenuto a collaborare ai fini dell'adempimento della stessa.

Non sembrainvece avere un ruolo nella gratuità della prestazione di protezione l'impossibilità di valutarne economicamente in via preventiva la portata (¹⁹⁷). La prassi di predisporre protocolli di sicurezza a cui gli stessi vettori si impegnano ad adeguarsi, infatti, consente una certa possibilità di stima del contenuto della prestazione di protezione e del relativo valore economico. È pur vero che trattasi di prestazione dal contenuto variabile ma, del resto, anche la stessa prestazione di trasferimento contiene una certa variabilità a seconda della contingenza. Si aggiunga, inoltre, che non si deve cadere nell'errore di ritenere che la prestazione di protezione debba essere adempiuta in modo tale da far fronte all'imprevedibile, assunto che renderebbe la prestazione in questione in assoluto indeterminabile. L'adempimento della prestazione di protezione, infatti, ha due limiti che ne disegnano i contenuti: la prevedibilità del sinistro ed il fatto che lo stesso rientri nella sfera di

(¹⁹⁶) U. CAMARDA, *La sicurezza nel diritto della navigazione: molteplicità di norme ed unicità di approccio sistematico*, in *Dir. trasp.* 2010, 261, 262.

(¹⁹⁷) Così A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., 55.

azione e precauzione del vettore, diversamente ricorrendo un'ipotesi diversa dalla relativa responsabilità per inadempimento ⁽¹⁹⁸⁾.

Ritornando al quesito pocanzi posto, questa mancanza di corrispettività e, quindi, la gratuità della prestazione di protezione, si riverbera inevitabilmente sui rimedi esperibili in caso di mancata adozione delle misure di sicurezza e di tutela da parte del vettore. Mancando, infatti, un autentico corrispettivo è da ritenere che non possa essere chiesta la riduzione del prezzo o la sua restituzione; l'autonomia tra le due prestazioni di trasferimento e di protezione porta in aggiunta ad escludere che la prima possa avere un valore ridotto a causa delle lacune della seconda, lasciando praticabile solo la via della risoluzione dell'intero contratto di trasporto (giustificata dall'essenzialità della protezione), e del risarcimento del danno ⁽¹⁹⁹⁾.

⁽¹⁹⁸⁾ Anticipando per sommi capi quanto sarà meglio spiegato nel III capitolo, l'ipotesi richiamata è quella dell'impossibilità dell'adempimento della prestazione di protezione. È dedicato al tema l'intera opera di A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit.

⁽¹⁹⁹⁾ Sul punto si veda meglio L. TULLIO, *Interventi interpretativi*, cit. 367, 368. Tuttavia, secondo parte della dottrina l'assistenza dovuta ai sensi dell'art. 9 del reg. (CE) 261/06 non sostanzia un obbligo di protezione ma una forma di risarcimento anticipato del danno patrimoniale, nella forma del danno emergente, subito dal passeggero per l'attesa in aeroporto. Cfr. S. GIACOBBE, *La responsabilità del vettore aereo per ritardo*, in *Studi su: negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo* (a cura di M. Deiana), Cagliari, 2005, 152.

6. (Segue) *Determinatezza o determinabilità della prestazione protettiva.*

Vi è quindi da domandarsi se la prestazione protettiva sia determinata o determinabile nel momento in cui inizia l'esecuzione del contratto e se debba ritenersi che essa abbia un «*contegno di cooperazione ben circoscritto*»⁽²⁰⁰⁾.

Preliminarmente deve essere ricordato che determinatezza e determinabilità sono posti dal legislatore italiano sullo stesso piano; ciò significa che affinché di prestazione si parli correttamente è sufficiente che nel contratto «*vi siano indici attraverso i quali giungere a determinare la prestazione*», la quale potrà benissimo essere determinata nel corso dell'adempimento ⁽²⁰¹⁾, anche in virtù di fonti diverse da quella da cui è scaturito il contratto ed è esattamente ciò che accade nella prestazione di protezione.

Più precisamente, esaminando le fonti nel diritto della navigazione marittima ed aerea ci si accorge che la prestazione di protezione è determinata sia dal punto di vista sostanziale, sia dal punto di vista temporale, nel senso che essa si concreta nell'obbligo del vettore di

⁽²⁰⁰⁾ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 46. Secondo R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 61, nota 78, la prestazione, anche quando intesa come strumento per il conseguimento da parte del creditore di una data utilità, si sostanzia sempre e comunque in una certa attività positiva o negativa del debitore. Di conseguenza la prestazione, avendo sempre come oggetto il comportamento del debitore, dovrebbe altresì avere un contenuto prevalentemente determinato dalle parti.

⁽²⁰¹⁾ Così P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., 189.

adottare tutte le misure opportune al fine di evitare che un *accident* o un *incident* (marittimo o meno che sia) cagioni un danno (*bodily* o *personal* che sia), al passeggero durante l'arco temporale in cui si ritiene che questi sia incapace di autoprotteggersi, nonché di far sì che, nello stesso periodo, danni di ogni sorta o disagi possano derivare da un proprio disservizio⁽²⁰²⁾; l'ipotesi è, pertanto, che la prestazione di protezione comporti l'adozione di tutti le misure di sicurezza previste dallo stesso vettore o suggeriti dalla contingenza, essendo il vettore chiamato a rispondere della loro mancata o inesatta o incompleta adozione e dei conseguenti danni⁽²⁰³⁾.

In concreto poi, sono le circostanze che di volta in volta si verificano a stabilire quali comportamenti ne costituiranno l'adempimento in un doppio livello che, a ben vedere, rispecchia lo schema tipico delle obbligazioni di risultato⁽²⁰⁴⁾.

⁽²⁰²⁾ A. ZAMPONE, *cit.*, esclude che il contenuto della prestazione di protezione possa essere determinato a priori in via astratta e parla perciò di «*obbligo a contenuto aperto*». In effetti, la protezione e la sicurezza sono obiettivi che possono essere raggiunti o, perlomeno, perseguiti con misure che variano a seconda della tipologia di trasporto di cui si tratta, del mezzo, delle condizioni di viaggio, e via dicendo. Tuttavia, esistono strumenti, quali disciplinari, *bestpractices*, regolamenti interni, e via dicendo, che ben possono istruire il vettore sulle misure concretamente idonee ad adempiere alla prestazione protettiva. A ciò si aggiunga che i regolamenti comunitari in materia assegnano un contenuto specifico ad alcuni aspetti della tutela del passeggero.

⁽²⁰³⁾ Questa impostazione porta ad escludere che le ipotesi normativamente previste secondo le quali il vettore risponde per morte o lesioni del passeggero che avvengano malgrado l'esatto adempimento dell'obbligazione di protezione, rientrino nella categoria degli obblighi di protezione. Sul punto si veda *infra* § 5, cap. III.

⁽²⁰⁴⁾ Sulla distinzione la letteratura è sterminata, ma per i suoi tratti fondamentali ed i suoi aspetti critici possono essere citati alcuni scritti fondamentali, quali: L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., 180 ss.e 371 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione*, cit., 341; M. GIORGIANNI, *Obbligazione*, cit., 581, 598; V. DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig disc. priv.* XII/1995, 397 ss. Al

A fronte di questo assunto, deve però osservarsi che non sarebbe comunque corretto, con riferimento all'obbligazione di protezione nel trasporto, parlare di obbligo di “garantire l'incolumità della persona” o di “rendere una persona sana e salva”, ovvero usare simili formule, giacché una tale impostazione sortirebbe effetti paradossali.

In primo luogo, l'attività di protezione vettoriale sarebbe tanto intensa da rendere il trasporto di persone non dissimile dal trasporto di cose, con l'azzeramento della libertà di movimento e autodeterminazione del passeggero ⁽²⁰⁵⁾; in secondo luogo, il vettore sarebbe tenuto a prestazioni che vanno ben oltre il mero trasporto e la mera collaterale protezione, dovendosi altresì prodigare in interventi considerevolmente al di fuori di quelli che può fornire un soggetto che non abbia competenze medico-chirurgiche ⁽²⁰⁶⁾.

Tuttavia, non sembra corretto neppure definire il contenuto della prestazione di protezione come un dovere di semplice vigilanza sul

riguardo, si noti che una delle più interessanti obiezioni alla possibilità di supportare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato è quella che fa leva sull'unicità del regime di responsabilità, per cui essa al più inciderebbe sul giudizio di impossibilità dell'attività nelle prime e della realizzazione della finalità nelle seconde, come correttamente afferma C. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 71 ss. Tuttavia, l'attuale disciplina del trasporto aereo e marittimo di persone supera questo ostacolo, proprio perché tende ad assicurare il risultato dell'integrità del passeggero, prevedendo una responsabilità non basata sulla colpa – e, per certi versi, neppure sul nesso eziologico – in caso contrario.

⁽²⁰⁵⁾ In questo si condividono pienamente le considerazioni di U. MAJELLO, *Custodia*, cit., 112, v. anche nota 23.

⁽²⁰⁶⁾ Corretta è, quindi, l'osservazione in tal senso fatta da U. MAJELLO, *cit.*, 127. Si ricordi, tuttavia, che l'illustre Autore nega con forza la natura di autonoma prestazione del dovere di protezione, sostenendone invece la riconducibilità al dovere di diligenza quale criterio di imputabilità delle lesioni o della morte del passeggero al vettore, U. MAJELLO, *cit.*, 130 e *passim.*

passaggero diretto a renderlo incolume da pregiudizi ⁽²⁰⁷⁾. Esiste, infatti, una via alternativa che si sostanzia in uninsieme di vigilanza, misure precauzionali e misure riparatorie che confluisce nell'obbligazione di protezione e che, pur essendo ad essa finalizzata, non deve necessariamente condurre alla salvezza del passeggero o al ripristino del suo stato di salute per ottenere l'arrivo a destinazione incolume. Resta infatti la possibilità che, pur a seguito del compimento da parte del vettore di ogni attività di sicurezza e protezione opportuna, il passeggero subisca delle lesioni, ipotesi che apre la strada a interrogativi fondamentali che attualmente hanno sostituito, in tema di vivacità dialettica, quelli sull'autonoma configurabilità dell'obbligazione di protezione che fino a non tanto tempo fa costituivano il cuore del problema. Tra le altre cose, ci si domanda se possa essere corretto affermare semplicemente che il passeggero abbia diritto ad un trasporto sicuro o se sia meglio discorrere di sicurezza e protezione nel trasporto.

7. Critiche alla teoria del "trasporto sicuro".

⁽²⁰⁷⁾ Cfr. U. MAJELLO, *cit.*, 127. In senso conforme A. ZAMPONE, *Il rischio*, *cit.*, 141; in senso contrario A. ASQUINI, *La responsabilità del vettore*, *cit.*, 357 ss.

Di sicuro interesse nelle parole del legislatore nazionale e sovranazionale è il fatto di aver messo in luce come l'aspetto protettivo travalichi l'interesse meramente pubblicistico e solidaristico generale, collocandosi all'interno del rapporto obbligatorio in modo imprescindibile. Questa premessa di fondo, tuttavia, se ha messo un punto fermo sull'inammissibilità di un trasferimento posto in essere senza misure protettive adeguate, ha evidenziato un altro dibattito: quello sul rapporto tra il trasferimento e la protezione.

A tale riguardo è interessante notare che secondo parte della dottrina la protezione è sostanzialmente connaturata alla causa del contratto di trasporto di persone, di talché l'ipotesi del trasferimento del passeggero che accettasse di viaggiare esonerando preventivamente il vettore da responsabilità per morte o lesioni è ricondotta ad un caso di nullità del contratto per mancanza di causa ⁽²⁰⁸⁾. La tesi dell'integrazione causale, tuttavia, comporta tuttavia, un'inversione di marcia nell'evoluzione del fenomeno protettivo poiché provoca la conseguenza di considerare la protezione come un mero aspetto, sebbene essenziale, della prestazione di trasferimento.

Più precisamente, l'assunto è in contrasto con due aspetti.

⁽²⁰⁸⁾ Così G. CAMARDA, *La sicurezza*, cit, 261, 263. Secondo parte della dottrina, anche qualora non si accogliesse la tesi della nullità del contratto che obliterasse in toto gli aspetti protettivi a carico del debitore per mancanza di causa, la stessa ben potrebbe, nel caso in esame, essere illecita per contrarietà a principi di ordine pubblico. Questi ultimi, infatti, contenuti nella Costituzione o in Carte sovranazionali, ricomprendono indiscutibilmente il valore della salute e della sicurezza alla stregua di diritti fondamentali della persona inviolabili sia dal legislatore, sia dal singolo. Cfr. E. ROPPO, *Il contratto*, in Trattato di diritto privato (a cura di G. Iudica – P. Zatti), Milano, 2011, 78, 79.

Il primo, di natura empirica, riguarda l'ampiezza degli adempimenti in cui si articola la prestazione di protezione che non appare come un mero contorno della prestazione di trasferimento. Essa, infatti, così come trae origine dalla disciplina nazionale e non, ha un carattere tanto ampio da comprendere anche lesioni subite dal passeggero prive di collegamento con l'attività di trasferimento in senso stretto ⁽²⁰⁹⁾; in considerazione di ciò, è evidente la misura in cui parlare della protezione come di integrazione causale del contratto di trasporto non è corretto ⁽²¹⁰⁾.

Il secondo, di natura positiva e sostanziale, lo si è già messo in luce quando si è detto che il divieto di patti in deroga alla responsabilità del vettore per i sinistri occorsi al passeggero altro significato non può avere se non quello di riconoscere l'autonoma esistenza di un'obbligazione avente ad oggetto la protezione. La norma, rinvenibile nell'ordinamento nazionale come specificazione del principio di cui all'art. 1129 c.c., è ben nota anche alla normativa europea e internazionale ⁽²¹¹⁾ ed ha una portata fondamentale nel sostenere la tesi dell'autonomia dell'obbligazione di

⁽²⁰⁹⁾ Si pensi all'ipotesi dei danni causati dalla molestia del passeggero seduto nel sedile accanto, come nel celebre caso *Morris v. KLM Royal Dutch Airline* deciso dalla U.K. C.A. 17 marzo 2001.

⁽²¹⁰⁾ Sarebbe invece corretto se si parlasse genericamente di «*giungere in modo sicuro e confortevole a destinazione*», come fa C. BIANCA, *cit.*, 42. Tuttavia, l'espressione appare più come un'esatta sintesi del mero programma negoziale e del relativo risultato utile perseguito. Gli effetti di tale programma poi, si traducono nelle obbligazioni di trasferimento e di protezione, di fonte, rispettivamente, volontaria e legale.

⁽²¹¹⁾ Art. 1681c.c., comma secondo, art. 23 CV, art. 26 CM e art. 18 PAL. Si veda G. MASTRANDREA, *L'obbligo*, *cit.*, 77.

protezione rispetto a quella caratterizzante. Una simile specificazione, infatti, non avrebbe senso se la protezione fosse solo una componente dell'obbligazione principale perché una lacuna nella prima si rifletterebbe automaticamente nell'inadempimento della seconda, senza bisogno di ulteriori precisazioni ⁽²¹²⁾.

Alla tendenza che ritiene che trasferimento e sicurezza convergano in un unico ambiente causale per cui la prestazione del vettore si sostanzierebbe nel condurre il passeggero da un luogo ad un altro sano e salvo ⁽²¹³⁾, si è conseguentemente contrapposta quella che punta sul dato positivo, affermando che la specificazione da parte del legislatore in seno all'art. 1681 c.c. in relazione ai sinistri che colpiscono la persona del passeggero durante il viaggio sia sintomatica dell'esistenza di una distinta fattispecie contrattuale protettiva che si affianca a quella di spostamento ⁽²¹⁴⁾.

Un aspetto criticabile della teoria del "trasporto sicuro" lo si rinviene inoltre in un discorso di logica equità che si sviluppa da una fondamentale domanda: se il vettore può giustificatamente interrompere o non

⁽²¹²⁾ La disposizione, pertanto, non può che riferirsi ad un obbligo autonomo, come afferma G. MASTRANDREA, *L'obbligo*, cit., 78; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 145 ss.

⁽²¹³⁾ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 18 ss. afferma che il contenuto di sicurezza è parte integrante del contratto di trasporto e mero momento di specificazione della prestazione principale in quanto finalizzato al corretto adempimento di quest'ultima. Sull'argomento si veda anche U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 72 ss.

⁽²¹⁴⁾ Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, 145 ss.

compiere il viaggio per causa non imputabile e quindi viene meno la sua responsabilità per inadempimento, deve ritenersi che cessino anche i doveri di protezione verso il passeggero?

Se si rispondesse positivamente al quesito, il passeggero potrebbe essere abbandonato a sé stesso in qualsiasi momento; viceversa, in caso di risposta negativa si dovrebbe ritenere che il vettore, pur potendo non effettuare il trasporto debba, quantomeno, adottare tutte le misure idonee a garantirne l'incolumità.

È quindi necessaria una risposta che consenta di svincolare la protezione dalle vicende del trasferimento, a prescindere dal fatto che questo sia o meno oggetto di un corretto adempimento. In questo modo la protezione può beneficiare di un'estensione applicativa maggiore, abbracciando anche periodi che, in caso contrario, sarebbero assistiti da un mero dovere di protezione extracontrattuale. Infatti, sostenendo la tesi dell'integrazione causale, venuto meno il vincolo negoziale al trasferimento, il dovere di protezione dovrebbe ricollegarsi al generale principio del *neminem laedere*, il quale impone semplicemente di evitare che le proprie azioni possano dolosamente o colposamente arrecare pregiudizio ad altri; detto dovere, pur potendo consistere sia in un contegno negativo di mera astensione, sia anche positivo di attivazione, non potrebbe mai arrivare ad imporre un determinato comportamento protettivo a favore di un destinatario individuato. Ecco perché il dovere di garantire la sicurezza ad un preciso individuo non può che ricollegarsi

ad un vincolo obbligatorio in forze e un siffatto vincolo non può derivare dalla semplice obbligazione di eseguire un “trasporto sicuro”, a meno che si ritenga che essa inizi il suo adempimento prima e termini dopo rispettivamente l’inizio e la fine del puro trasferimento, e che trovi adempimento anche in caso di mancato trasferimento, ipotesi inutilmente complessa e, soprattutto, lontana dal dato positivo.

8. *La posizione dell’obbligazione di protezione nella logica negoziale tra accessorietà e strumentalità. La legale collateralità.*

Nella breve rassegna introduttiva di questo lavoro si è fatto un resoconto delle principali elaborazioni teoriche italiane ed estere, remote e recenti, in tema di obblighi di protezione e si è così messo in evidenza che ciò che è stato definito come doveri o obblighi di protezione, a prescindere dalla fonte e in linea con la teorizzazione tedesca, ha tradizionalmente riguardato vicende di obblighi che accompagnano la prestazione oggetto dell’obbligazione e che sono finalizzati all’ottenimento di un adempimento della stessa che sia esatto e non pregiudizievole rispetto alla persona ed ai beni della controparte, pur nel presupposto che gli obblighi di protezione *«sorgono al di fuori del*

contratto e anche a prescindere da esso» ⁽²¹⁵⁾. Nella stessa sede, si sono più volte manifestati i dubbi di chi scrive sulla correttezza del carattere assoluto che si tende ad assegnare ad un fenomeno protettivo così delineato.

Peraltro, che il fenomeno protettivo non si risolva in questo l'aveva già intuito Betti, con la sua distinzione, all'interno dei prodotti della buona fede e della correttezza, tra obblighi integrativi primari (e autonomi) ed obblighi integrativi strumentali (ma privi di autonomia) ⁽²¹⁶⁾.

La teoria di Betti, tuttavia, è stata definita in alcune elaborazioni più recenti alla stregua di una superfetazione, posto che i doveri integrativi, primari o secondari che siano, essendo ben lontani dall'aggiungere contenuti all'obbligazione, si risolverebbero sempre e comunque in una mera specificazione del contenuto dell'obbligazione principale ⁽²¹⁷⁾; di conseguenza, la loro eventuale violazione darebbe luogo semplicemente ad un inadempimento della prestazione principale ⁽²¹⁸⁾. In altre parole, lungi dall'aver individuato il terreno operativo degli

⁽²¹⁵⁾ L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 58.

⁽²¹⁶⁾ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 90, 96. Si veda, *supra*, pag. 74 ss.

⁽²¹⁷⁾ La tesi, già propugnata da U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede*, cit., 72 ss., è stata più di recente sostenuta da L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 87 ss.

⁽²¹⁸⁾ Cfr. L. MENGONI, *cit.*, 370, il cui pensiero in tal senso è stato ripreso da L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 88, 89.

obblighi di protezione, Betti avrebbe solo reso artificiosamente più articolata l'operatività del principio di buona fede.

Orbene, è vero che la tesi dell'illustre giurista possiede punti criticabili, ma non pare corretto sintetizzarli nell'inutilità. Viceversa, l'elaborazione di Betti ha inaugurato la via della molteplicità e settorialità del fenomeno protettivo, affermando l'inesattezza dell'approccio che parla indistintamente di obblighi di protezione. Betti, infatti, si è reso primo portatore nella dottrina italiana della consapevolezza del fatto che in seno ad un'obbligazione vige non solo l'obbligo di cooperare per raggiungere il soddisfacimento dell'interesse della controparte, ma altresì il diritto di esigere da quest'ultima il rispetto dell'integrità della propria sfera giuridica ⁽²¹⁹⁾, in ciò distinguendo tra contenuti protettivi bilaterali e funzionali al corretto adempimento e impegno protettivo unilaterale autonomo rispetto all'oggetto dell'obbligazione allo stato puro ⁽²²⁰⁾. A ciò è funzionale la stessa elaborazione di una terminologia nuova, volta a superare, in maniera più che condivisibile, l'accostamento generico alla materia.

Ripercorrendo l'insegnamento dell'illustre giurista, pertanto, resta da chiarire quale ruolo abbiano gli obblighi di protezione nella loro veste contemporanea all'interno della dinamica negoziale.

⁽²¹⁹⁾ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 67.

⁽²²⁰⁾ Punto sul quale, come si è visto in precedenza, persino l'acuto pensiero di Mengoni opera una discutibile sovrapposizione.

Prima di svolgere qualsiasi approfondimento in merito, è bene riepilogare in sintesi quali tesi si siano contese il campo fino ad oggi in merito al ruolo degli obblighi protettivi all'interno del fenomeno obbligatorio. Pertanto, ad eccezione delle ricostruzioni che hanno ritenuto di dover negare alla protezione, nell'ambito di un contratto che possa comportare una modifica peggiorativa dello *status quo* della controparte, il ruolo di autonoma obbligazione, considerandola invece alla stregua di un fine pratico legato al più alla diligenza ⁽²²¹⁾ e quindi premessa l'autonomia dell'obbligo di protezione, in generale si può affermare che al riguardo il campo è stato conteso tra le due teorie dell'accessorietà e della strumentalità ⁽²²²⁾.

In estrema sintesi, se si analizza la disciplina delle obbligazioni accessorie, è evidente il dato della precarietà della loro sorte, inscindibilmente legata a quella dell'obbligazione principale di talché, in

⁽²²¹⁾ Cfr. U. MAJELLO, *Custodia*, cit., *passim*. In merito si può aggiungere a quanto detto in precedenza che è forse proprio il rifiuto di concepire la protezione come attività di intervento che si aggiunge ad un mero stato vigile da parte del debitore ad aver condotto facilmente alcuni autori a negare il rango di autonoma obbligazione al fenomeno in esame, non consentendone una descrizione precisa. In tal senso si esprime anche R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 40 ss.

⁽²²²⁾ Posto che la maggior parte degli autori propende per la natura accessoria degli obblighi di protezione, sono a favore della strumentalità: S. CICCARELLO, *Dovere di protezione*, cit., 261, che parla di «*occasionale strumentalità*» dell'obbligo legale di protezione nel senso che «*il valore della persona è autonomo e come tale è tutelabile ma può accadere che la sua mancata tutela determini l'impossibilità di adempiere l'obbligazione specificamente prevista, come avviene ad esempio nel contratto di trasporto di persona*»; S. BUSTI, *Contratto di trasporto aereo*, in Trattato di diritto civile e commerciale (a cura di Cicu – Messineo), XXVI, tomo III, Milano, 2001, 160 ss.; A. ANTONINI, *Corso di diritto dei trasporti*, Milano, 2008, 210. Si noti che spesso i due concetti dell'accessorietà e della strumentalità sono associati in un solo assioma appiattendone, pertanto, i profili distintivi. Cfr. Cass. 16 novembre 2006 n. 24391 con riferimento all'obbligazione di custodia. Sostiene l'accessorietà della protezione rispetto al trasporto A. ASQUINI, *La responsabilità*, cit., 350.

linea di principio, le prime non possono esistere senza la seconda e, venuta meno quest'ultima, cessa la ragion d'essere delle prime ⁽²²³⁾. L'accessorietà, infatti, si sostanzia in un legame labile e occasionale finalizzato al mero rafforzamento (o alla semplice agevolazione) dell'obbligazione principale⁽²²⁴⁾ oppure dovuto a mera opportunità⁽²²⁵⁾ e perciò normalmente rimesso alla libera scelta delle parti ⁽²²⁶⁾.

Strumentalità significa invece essenzialità finalistica. Le obbligazioni strumentali si affiancano ad altre obbligazioni di cui costituiscono il supporto finalizzato al corretto e completo adempimento, sicché il venir meno dell'obbligazione strumentale può pregiudicare l'esistenza di quella caratterizzante, pur non privandola di per sé di giustificazione. Esse non sono autonomamente esigibili proprio perché sono strettamente legate all'obbligazione principale; di conseguenza la loro rilevanza si apprezza solo in quanto dal loro inadempimento sia

(²²³) Anche se non è escluso che l'obbligazione accessoria si formi compiutamente pur nell'eventualità dell'esistenza di quella principale come accade nel caso della fideiussione per debito futuro o condizionale. Cfr. S. CICCARELLO, *Dovere di protezione*, cit., 39.

(²²⁴) Come nel caso della fideiussione prestata a garanzia del contratto di mutuo.

(²²⁵) Si pensi alla fornitura del vitto e dell'alloggio a bordo di un mezzo di trasporto o al trasporto del bagaglio. Cfr. A. LEFEBVRE D'OVIDIO – G. PESCATORE – L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2013, 428 ss.

(²²⁶) Tra l'obbligazione principale e quella accessoria esiste «*un collegamento unilaterale nel senso che quella accessoria segue sempre le sorti di quella principale, mentre di regola non avviene il contrario*». Viceversa, se l'obbligazione accessoria è affetta da invalidità, quella principale rimane valida, anche se vi possono essere casi in cui l'obbligazione accessoria segue una sorte diversa rispetto a quella principale (cita l'esempio della fideiussione). Cfr. P. FRANCESCHETTI – M. MARASCA, *Le obbligazioni*, in Trattato di diritto civile (a cura di P. Franceschetti), Santarcangelo di Romagna, 2008, 73 e 74. Sull'accessorietà si veda, P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., 147.

derivato l'inadempimento della prestazione principale (²²⁷). La strumentalità, quindi, comporta una certa dose di funzionalità, per cui pur essendo ciascuna obbligazione autonoma, il mancato adempimento dell'obbligazione strumentale compromette o rende impossibile la corretta esecuzione di quella principale, potendosi con ciò affermare che, in definitiva, l'obbligazione strumentale completa quella principale (²²⁸).

Fatte queste precisazioni e trasponendo il discorso dalla teoria delle obbligazioni alla concreta struttura del contratto di trasporto, non si

(²²⁷) Cfr. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 88.

(²²⁸) Vi è chi è stato capace di individuare un punto di discrimine tra strumentalità ed integrazione, ricomprendendo la protezione della persona in quest'ultima fenomenologia; in particolare, mentre qualificando l'obbligazione di protezione come strumentale essa manterrebbe la propria autonoma configurazione pur perdendo la propria autonoma azionabilità, lo schema dell'integrazione comporterebbe l'assorbimento dell'obbligazione protettiva da parte di quella principale, di talché quest'ultima si arricchirebbe di ulteriori profili di sicurezza. Cfr. S. CICCARELLO, *Dovere di protezione*, cit., 45 ss. In questo modo l'Autore giustifica l'inserimento autoritativo *ex lege* della protezione nella dinamica del rapporto (61). Tuttavia, se si sostiene che l'adempimento della prestazione principale può prescindere dalla protezione al punto di negarne l'accessorietà, sembra a maggior ragione dovuto il rifiuto dell'integrazione, posto che quest'ultima comporta l'imprescindibilità assoluta del contenuto integrativo rispetto a quello integrato. Forse per questo l'Autore, malgrado, si ribadisce, affermi che la protezione è frutto dell'integrazione legale del rapporto obbligatorio, definisce più avanti come strumentale la protezione nel trasporto di cose o persone (104 ss.) e ne profila, addirittura, la natura di obbligazione autonoma (112, 132). L'Autore, peraltro, sembra cadere nella falsa alternativa tra autonomia e accessorietà, là dove afferma che «*se si volesse pervenire ad una qualificazione tecnica di questo rapporto di dipendenza, occorrerebbe dimostrare che il legame tra obbligazione principale (nella prospettiva dell'adempimento) e obbligazione accessoria (dovere di protezione) comporta precise implicazioni giuridiche [...] ma siccome è ben possibile ipotizzare un adempimento che prescinda dalla protezione e una idonea protezione pur nel contesto dell'inadempimento dell'obbligazione principale, sembra legittimo concludere che non è conducente una qualificazione del dovere di protezione come obbligazione accessoria*» .ID, cit., 43, 44. Si veda a tal proposito L. TULLIO, *L'obbligazione di protezione nel trasporto marittimo e aereo*, cit., 349, 352, secondo il quale l'alternativa tra accessorietà e autonomia «*è un problema scorrettamente impostato, perché l'alternativa alla autonomia non è l'accessorietà ma la strumentalità*».

può che rigettare la tesi della strumentalità degli obblighi di protezione ed optare, al massimo, per la loro funzione accessoria ⁽²²⁹⁾).

Tuttavia, anche la ricostruzione in termini di mera accessorietà può per certi versi non essere pienamente soddisfacente. Basti pensare che di là dei casi in cui è la stessa protezione l'oggetto della prestazione caratterizzante, qualsiasi attività può essere teoricamente svolta e portata a termine senza la simultanea protezione. Ciò che si vuole dire è che, se non si tiene conto delle conseguenze infauste che ne possono derivare (ma che fortunatamente possono anche non verificarsi) e della conseguente essenzialità e naturalità della sicurezza, l'attività materiale in sé e per sé oggetto della prestazione caratterizzante può ben avere luogo senza il supporto della protezione. L'affermazione è banale ma è dovuta perché fondamentale per conoscere e comprendere la struttura degli obblighi di protezione è sezionare con precisione chirurgica il rapporto obbligatorio, con ciò mettendo in evidenza componenti note e meno note.

Un'autorevole e condivisibile opinione sull'argomento fornita da Rescigno ha peraltro, all'interno della vicenda obbligatoria, distinto l'esistenza di un «*rapporto fondamentale*» rispetto – e contrapposto - a tutti quelli che dallo stesso derivano e che attorno allo stesso si ordinano. A tal fine l'Autore cita, tra le altre ipotesi, proprio i «*doveri di protezione posti a carico del debitore quando l'esecuzione della prestazione possa*

⁽²²⁹⁾ Si accoglie, pertanto, la tesi di L TULLIO, *L'obbligazione di protezione*, cit., 352.

procurare od accrescere le occasioni di lesione alla sfera dell'integrità personale o patrimoniale del creditore», precisando che la posizione di detti ulteriori rapporti rispetto al rapporto fondamentale deve essere valutata di volta in volta, non potendosi aprioristicamente ricondurre al modello della strumentalità o dell'accessorietà. Per Rescigno, pertanto, è meglio parlare di semplice connessione e attuare un'autonoma considerazione di detti rapporti, soprattutto tenendo conto «delle specificità del loro contenuto [...] anche prescindendo dall'evolversi e dal compimento dell'intera operazione», con la conseguenza che ognuno di questi rapporti connessi con il vincolo fondamentale meriterà una valutazione a sé in termini di buona fede e dovere di correttezza, valutazione capace di superare «il momento e le finalità della formazione del consenso contrattuale»⁽²³⁰⁾.

Ambedue le prestazioni, caratterizzante e protettiva, sono quindi da considerarsi autonome ma essenziali sia da un punto di vista strutturale, sia da un punto di vista funzionale⁽²³¹⁾; esse sono pertanto imprescindibili ma singolarmente azionabili sia in via anticipata e preventiva, sia in sede successiva e riparatoria, e sono altresì prive di interdipendenza in sede di adempimento⁽²³²⁾. Ciò che detta il

⁽²³⁰⁾ P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., 147, 148.

⁽²³¹⁾ I caratteri dell'autonomia e dell'essenzialità sono espressamente riconosciuti all'obbligazione di protezione anche da A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., 36, e *passim*. In tal senso si veda anche AA. VV., *Codice dei trasporti*, cit., 490.

⁽²³²⁾ Anche quando la c.d. obbligazione principale sia stata correttamente adempiuta «l'osservanza di determinate cautele durante il trasporto assume rilievo,

collegamento tra di esse è solo un legame giustificativo di tipo consequenziale la cui esistenza segna la distinzione sia tra prestazione di protezione e prestazione caratterizzante, sia - e di conseguenza - tra prestazione di protezione derivante da un obbligo di protezione e prestazione di protezione essa stessa caratterizzante ⁽²³³⁾. Si può a tal proposito parlare di legale collateralità ⁽²³⁴⁾.

In altre parole, pur non essendo la prestazione protettiva servente rispetto alla prestazione caratterizzante, la prima trova nella seconda la sua ragion d'essere quale effetto della volontà del legislatore nazionale o

pertanto, indipendentemente dal prodursi di un evento dannoso», come rileva F. BENATTI, Osservazioni, cit., 1360, pur ricollegandone la genesi all'art. 1175 c.c..

⁽²³³⁾ Si noti che gli obblighi di protezione sono oramai diffusamente considerati alla stregua di una prestazione, ma l'assunto deriva quasi da un *aquis* teorico dovuto forse alla praticità di ancorare tutte le vicende obbligatorie ad un solo regime di responsabilità più che alla consapevolezza delle ragioni che inducono a tale affermazione. Parla espressamente di «*inattuazione della prestazione di protezione di prestazione*» A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., 24 e *passim*. La tesi sostenuta da chi scrive, peraltro, nonostante la differenza terminologica, si allinea sostanzialmente a quanto asserito da chi afferma che «*vengono quindi prospettati ex lege due autonomi interessi specifici*» in relazione ai quali si parla di una «*mera connessione tra la protezione e la prestazione tipica [...] nel senso che esse costituiscono strumenti per un adempimento del rapporto inteso in senso onnicomprensivo*», cfr. G. MASTRANDREA, *L'obbligo di protezione*, cit., 62, 63.

⁽²³⁴⁾ La prevalente dottrina definisce il rapporto tra l'obbligazione di protezione e quella di trasferimento in termini di complementarità, così enfatizzando il fatto che in qualche modo il contenuto protettivo sia determinato dai caratteri della prestazione caratterizzante. Più precisamente, si sostiene tradizionalmente che la prestazione di trasportare da un luogo ad un altro detti il limite spazio-temporale dell'ampiezza della prestazione protettiva, confinandola entro gli ambiti di influenza giuridica del vettore sulla dimensione personale del passeggero. Cfr. A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., 111. Chi scrive condivide appieno tale impostazione, pur ritenendo che il concetto di collateralità meglio sia confacente ai più recenti sviluppi degli obblighi di protezione nel trasporto nella disciplina europea, rimanendo altresì adeguato rispetto all'interpretazione tradizionale del fenomeno. L'argomento sarà più approfonditamente trattato nel III capitolo.

internazionale che affianca agli effetti voluti dalle parti o, comunque, noti alle medesime, un'ulteriore obbligazione in senso lato ⁽²³⁵⁾.

Ciò detto, non bisogna cedere alla tentazione di affermare che la collateralità spiegherebbe i suoi effetti rendendo irrilevante la prestazione di protezione qualora venisse a mancare la prestazione caratterizzante. L'assunto, infatti, trova un imponente ostacolo in tutti quei casi in cui, seppure non dedotta essa stessa quale prestazione caratterizzante (caso che, come già precisato, esula dal campo degli obblighi di protezione), la protezione è dovuta malgrado l'impossibilità definitiva o temporanea, anche non imputabile, della prestazione caratterizzante o il suo avvenuto adempimento. Si pensi al dovere di prestare assistenza ai sensi dell'art. 9 reg. (CE) n. 261/2004 e dell'art. 17 reg. (UE) n. 1177/2010, casi in cui la fornitura di pasti e bevande in congrua relazione all'attesa o dell'alloggio e del *transfer* conseguente il ritardo, la cancellazione o il negato imbarco, è del tutto svincolata dal coinvolgimento del vettore nell'eziologia

⁽²³⁵⁾ In merito alla questione si può citare Cass. 6 febbraio 2008 n. 2800, secondo la quale «è ius reception in giurisprudenza che il principio che sorregge l'eccezione inadimplenti contractus e che trova la sua enunciazione nella formulazione dell'art. 1460 c.c., trae fondamento dal nesso di interdipendenza che nei contratti a prestazioni corrispettive lega le opposte obbligazioni e prestazioni nell'ambito di un approccio sinallagmatico, il cui contenuto, indipendentemente da esplicite previsioni negoziali, è esteso – secondo il principio interpretativo-integrativo correlato all'obbligo di correttezza delle parti (art. 1175 c.c.) – alle cosiddette obbligazioni collaterali di protezione, di collaborazione, di informazione, ecc.». Incidentalmente si sottolinea come ancora una volta la giurisprudenza di legittimità italiana manifesta l'apertura verso idee nuove accanto alla chiusura nei confronti di categorie quasi affermate: a fronte dell'enunciazione del concetto di collateralità, infatti, si mantiene indifferenza verso i tratti salienti dell'obbligazione di protezione e la si accosta ai frutti del generico dovere di correttezza (obbligo di collaborazione e informazione).

dell'evento ⁽²³⁶⁾. Occorre allora ribadire che la collateralità giustifica esclusivamente la posizione di sopravveniente affiancamento dell'obbligo di protezione rispetto alla prestazione caratterizzante e non fonda alcuna subalternità dello stesso.

Per quanto riguarda la legalità invece, essa, come si è già detto, attiene all'origine della prestazione di protezione, ma non solo. Il valore aggiunto conferito dalla legalità lo si coglie quando si pensa che la protezione dell'incolumità della persona è principio fondamentale del sistema e, come tale, indiscussa causa giustificatrice dell'inadempimento della prestazione caratterizzante ⁽²³⁷⁾.

La legalità, in altre parole, giustificata dalla rilevanza dell'interesse protetto, ha la forza di far prevalere la prestazione di protezione su quella caratterizzante ⁽²³⁸⁾. L'assunto è chiaro se si pensa proprio al contratto di trasporto di persone e si mettono a raffronto due casi contrapposti: quello del passeggero che arriva a destinazione avendo subito una lesione e quello del passeggero che non viene trasferito ma

⁽²³⁶⁾ È tuttavia interessante osservare come, sebbene in caso di ritardo prolungato e negato imbarco aeronautici ovvero di ritardo alla partenza di almeno novanta minuti e cancellazione marittimi, la corresponsione di cibo, bevande e alloggio sia positivamente vincolata alla possibilità di una ragionevole previsione dell'evento, la giurisprudenza finora abbia ignorato questo elemento. Esso, può ritenersi, sarebbe stato in grado di costituire un surrogato dell'imputabilità consistente più che altro nella verosimiglianza, ossia nell'asserita attitudine del vettore di ritenere realistico e quindi non solo possibile, ma altresì probabile, lo sviluppo di determinate contingenze. Ancor più degno di nota è il contenuto dell'obbligo assistenziale a seguito delle recenti pronunce della Corte di giustizia europea al quale è dedicata la seconda parte del terzo capitolo del presente studio a cui, pertanto, si rimanda.

⁽²³⁷⁾ Osservazione giustamente fatta da A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., 183.

⁽²³⁸⁾ Sul punto si esprime negli stessi termini A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., 39.

resta incolume. A prescindere dalla grossolanità dell'esempio e dando per ammesso tutto l'ipotizzabile atto a giustificare le posizioni dei due altrettanto ipotetici passeggeri, ciò che è evidente è che mentre nel caso in cui il vettore adempia all'obbligo di dislocazione ma non a quello di protezione sarà chiamato a rispondere per la sua mancanza, qualora, viceversa, egli evitasse al passeggero un pregiudizio sacrificando per ciò il trasferimento, non solo sarebbe adempiente rispetto ad una prestazione ma sarebbe altresì giustificato per l'inadempimento della prestazione di trasferimento.

Tutto questo si traduce, in sintesi e contrariamente a quanto tradizionalmente sostenuto, nel fatto che la protezione nel trasporto non ha importanza solo interna, poiché non rileva solo se e quando la prestazione di trasferimento non sia stata eseguita e, più in generale, non è finalizzata alla mera conservazione della possibilità di adempiere la prestazione caratterizzante ⁽²³⁹⁾.

I caratteri di autonomia e collateralità così conferiti hanno peraltro un ruolo non secondario nella vita della prestazione di protezione, in particolare in occasione di un'eventuale patologia dell'adempimento. L'accertamento di una lacuna nella protezione, infatti, non assume la valenza di un mero criterio di valutazione dell'eventuale inadempimento nel trasporto, rivelando di per sé una lacuna che può essere oggetto di

⁽²³⁹⁾ La rilevanza meramente interna del fenomeno protettivo è ritenuta determinante da Majello nell'escludere la natura di prestazione della custodia, attribuendole, invece, il compito di criterio di responsabilità. Cfr. U. MAJELLO, *Custodia*, cit., 24.

azione autonomamente e preventivamente, e che è singolarmente sanzionabile in caso di mancato o inesatto adempimento.

9. Il nesso che determina la collateralità dell'obbligazione di protezione.

La tesi finora esposta, tuttavia, abbisogna di precisazioni. Lascia infatti perplessi il dato che emerge dall'osservazione pratica del fenomeno protettivo: non un mero opportuno rafforzamento dell'adempimento dell'obbligazione principale e neppure un necessario collegamento spazio temporale con quest'ultima, ma piuttosto un legame indisponibile e consacrato dalla disciplina positiva ⁽²⁴⁰⁾.

Con riguardo al suddetto legame, una riflessione attenta induce in prima battuta a riconoscere che la mera occasionalità non può assurgere a fondamento sufficiente della nascita dell'obbligazione di protezione ⁽²⁴¹⁾.

⁽²⁴⁰⁾ Manifesta dubbi sia sulla sostenuta accessorietà, sia sull'ipotizzata strumentalità degli obblighi di protezione G. MASTRANDREA, *L'obbligo*, cit., 61.

⁽²⁴¹⁾ La distinzione è stata colta molto bene da Castronovo, il quale fa presente che la violazione di una situazione soggettiva facente capo ad una delle parti può rilevare giuridicamente in due sensi: quando la stessa prestazione coinvolga direttamente la persona o i beni del creditore ovvero quando la lesione non ha alcun legame con la prestazione se non un vincolo di occasionalità. La prima ipotesi vede la protezione atteggiarsi in modo unilaterale da parte del debitore della prestazione caratterizzante a favore del creditore, mentre la seconda fattispecie presenta carattere bilaterale in ossequio al principio di buona fede che ne rappresenta la fonte. Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 566 ss.

Non è pensabile, infatti, che il solo verificarsi di una lesione giuridicamente rilevante in sede ad un adempimento, ma secondo una modalità che prescinde totalmente da quest'ultimo se non per la coincidenza di tempo e di luogo in cui avviene, possa essere considerata alla stregua di un inadempimento, oppure semplicemente beneficiare del relativo trattamento in tema di responsabilità. Pur essendo una siffatta impostazione capace di portare con sé il vantaggio di un onere probatorio maggiormente favorevole per il soggetto danneggiato, bisogna ricordare che la teoria degli obblighi di protezione non nasce con questa finalità. Quello che si vuole raggiungere, invece, è la chiara distinzione tra ciò che sta dentro un rapporto negoziale e ciò che sta fuori, senza preconcetti sanzionatori o favoritismi compensatori.

Ciò premesso, è certo che una lesione che abbia i caratteri dell'illecito extracontrattuale non cambia natura solo perché avvenuta contestualmente ad un adempimento: tale è e tale rimane.

Il discorso cambia solo quando all'occasionalità si aggiunge una connessione imprescindibile tra il danno e l'adempimento che deriva dal fatto che quest'ultimo coinvolge di per sé la persona o i beni del creditore. Questo significa che quanto al debitore è richiesto per soddisfare l'interesse del creditore non può avvenire senza che quest'ultimo rimetta nelle mani del primo la sorte di beni fondamentali quali la propria integrità fisica o patrimoniale. La conseguente

esposizione al pericolo di una lesione o di una totale perdita di siffatti beni, peraltro, sovrappone senza dubbio il piano contrattuale con quello aquiliano, per cui l'interprete è tenuto ad un attento vaglio delle circostanze che hanno dato vita alla lesione, in tal modo potendo ben addivenire alla corretta distinzione tra ciò che è danno derivante dall'inadempimento dell'obbligazione di protezione e ciò che è lesione extracontrattuale.

È fuor di dubbio che la distinzione richiama quella piuttosto discussa tra danni "in occasione" e danni "a causa" del trasporto ⁽²⁴²⁾.

Molto brevemente, premesso che in entrambi i casi il passeggero è tenuto dimostrare il nesso causale tra il danno e il trasporto ⁽²⁴³⁾, la distinzione consiste nel fatto che mentre nel caso di danni avvenuti "in occasione" del trasporto (ossia non derivanti da attività proprie del vettore o dei suoi ausiliari, ma di terzi estranei o dello stesso danneggiato e solo coincidenti con il trasporto), a fronte della dimostrazione da parte

⁽²⁴²⁾ Chi scrive ritiene che una simile bipartizione non potesse essere sostenuta prima dell'entrata in vigore della Convenzione di Atene così come modificata dal Protocollo di Londra del 2002. Essa, infatti, parte dalla differente natura della causa del danno per approdare ad un articolato onere della prova in capo all'istante, ossia al passeggero danneggiato. Non è corretto neppure sostenere che la giurisprudenza sia in linea con il dato internazionale, il quale, a differenza del codice della navigazione, fornisce una netta distinzione tra danni derivanti da *shipping incident* e danni derivanti da altra causa. Così facendo, quindi, sebbene sia da ritenere che la prova della natura dell'incidente gravi sul passeggero che agisca per il risarcimento del danno, la discrezionalità del giudice risulta ridimensionata, così come il margine di errore del passeggero stesso. Sulla prova della causa dell'incidente nella Convenzione di Atene emendata dal Protocollo di Londra del 2002 si veda F. BERLINGIERI, *L'adozione del Protocollo*, cit., 1498, 1450; L. TULLIO, *Breviario di diritto della navigazione*, Milano, 2013, 182.

⁽²⁴³⁾ Non grava, comunque, sul passeggero, la prova della causa specifica del danno, come precisa M. SCARDIGLI, *Sinistri «a causa» e sinistri «in occasione del trasporto»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1963, 1727, 1730 ss.

del passeggero che il danno non si sarebbe verificato senza l'occasione del trasporto la prova liberatoria per il vettore si sostanzia nella dimostrazione di aver usato l'ordinaria diligenza nel predisporre le misure a protezione dell'incolumità dei passeggeri ⁽²⁴⁴⁾, in caso di danni “a causa” del trasporto (e che quindi sono connessi all'attività del vettore o dei mezzi dallo stesso adoperati attraverso un legame di derivazione), davanti alla prova fornita dal passeggero del nesso di causalità fra trasporto e danno, il vettore che voglia andare esente da responsabilità deve provare che l'evento dannoso è derivato da fatto non prevedibile o inevitabile nonostante l'uso della dovuta diligenza ⁽²⁴⁵⁾.

La suddivisione ⁽²⁴⁶⁾, che ha cercato in tal modo di proteggere il vettore da eccessive pretese risarcitorie ed escluderne la responsabilità in caso di danno da causa ignota ⁽²⁴⁷⁾, si fonda quindi sulla potenziale duplicità della eziologia del danno: eventi riconducibili al vettore ed ai suoi dipendenti e preposti nello svolgimento delle loro mansioni ovvero circostanze non originate da costoro ma che non si sarebbero verificate se

⁽²⁴⁴⁾ Cass. 3 luglio 1978 n. 3285. Sul punto si veda M. SCARDIGLI, *Sinistri «a causa»*, cit., 1727 ss.

⁽²⁴⁵⁾ Cass. 29 marzo 1979 n. 1803. Cfr. A. LEFEBVRE D'OVIDIO – G. PESCATORE – L. TULLIO, *Manuale*, cit., 430, 440. Per una trattazione più diffusa si veda A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., 127 ss.

⁽²⁴⁶⁾ La teoria, elaborata da Fiorentino, sebbene priva di fondamento positivo, ha trovato largo consenso in giurisprudenza. Cfr. A. FIORENTINO, *Il contratto di passaggio marittimo*, Firenze, 1940, 116 ss.; E. MONZANI, *Brevi note sulla responsabilità del vettore marittimo di persone* in *Dir. mar.* 2004, 515 ss. e giurisprudenza ivi citata; AA.VV., *Il Codice dei trasporti* (a cura di L. Tullio – M. Deiana), Milano, 2011, 495.

⁽²⁴⁷⁾ Sul tema si veda A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., 127 ss.

non avesse avuto luogo il trasporto (ad es. il passeggero che cade dalle scale della nave). Mentre nel primo caso è facilmente individuabile una connessione con l'adempimento della prestazione caratterizzante, nel secondo non sembra rilevare altro legame se non quello dell'occasionalità. Tuttavia, l'occasionalità che è richiesta in questa fattispecie non è sinonimo di mera coincidenza casuale. In altre parole, i danni "in occasione" del trasporto intesi in senso proprio secondo la teoria in esame non potrebbero aver luogo se non nell'ambito di un trasporto, per cui non possono esservi ricomprese quelle lesioni che, pur avendo avuto luogo in dette circostanze, sono talmente generiche da potersi verificare in qualsiasi contesto (si pensi al passeggero che viene aggredito da un dipendente del vettore per la sottrazione del portafogli).

Non bisogna infatti perdere di vista la premessa secondo la quale la sola connessione necessaria e sufficiente per poter parlare di obbligazione di protezione è quella inerente al coinvolgimento del creditore nell'adempimento, ma senza dimenticare che la misura della protezione non è un dato fisso ed immutabile perché cambia al variare della possibilità di autoprotezione. Altrimenti detto, quanto minore è la capacità del creditore di evitare che una lesione possa derivare dall'adempimento, tanto maggiore è il carico protettivo che grava sul debitore ⁽²⁴⁸⁾, potendo, in teoria, arrivare a comprendere anche ipotesi

⁽²⁴⁸⁾ Emblematica, in merito, la sentenza con cui la Cassazione ha ritenuto non esclusiva la responsabilità del vettore con riferimento alle lesioni riportate da un passeggero a seguito della caduta da una scala a bordo della nave in quanto scivolato

allo stesso non riconducibili non solo sotto il profilo soggettivo, ma neppure sotto quello causale.

Secondo questa impostazione, la distinzione tra danni a causa del trasporto e danni in occasione del trasporto perde di spessore man mano che la limitazione di movimento del passeggero si riduce, giustificando l'accresciuto carico protettivo in capo al vettore.

Ne è riprova il prodotto del confronto tra l'impostazione della regolamentazione del trasporto aereo di passeggeri da un lato e, dall'altro, la disciplina del trasporto marittimo internazionale di passeggeri definitivamente introdotta con il Protocollo di Londra del 2002 alla Convenzione di Atene del 1974.

L'art. 3 della Convenzione, infatti, fa una chiara distinzione tra morte e lesioni del passeggero a causa di un incidente marittimo (par. 1), e gli stessi eventi derivanti da cause diverse da un incidente marittimo (par. 2).

Posto che per incidente marittimo si intende il naufragio, il capovolgimento, la collisione o l'incaglio, un'esplosione o un incendio a bordo, nonché un difetto della nave (ossia qualsiasi malfunzionamento, guasto o non conformità alle regole di sicurezza applicabili in relazione a qualsiasi parte della nave o delle sue attrezzature utilizzata per la fuga, l'evacuazione, l'imbarco e lo sbarco dei passeggeri o per la propulsione o

per via della presenza di una sostanza detergente scivolosa sui gradini, posto che la scala era dotata di corrimano, dispositivi antiscivolo e la potenziale pericolosità della discesa era stata adeguatamente segnalata. Cfr. Cass. 24 ottobre 2007 n. 22337.

il governo della nave, la sicurezza della navigazione, l'ormeggio, l'ancoraggio, l'arrivo o la partenza dal luogo di ormeggio o di ancoraggio o il contenimento dei danni dopo un allagamento o per la messa in mare dei mezzi di salvataggio)⁽²⁴⁹⁾, ciò che qui interessa sottolineare è che qualora il danno derivi da causa diversa dall'incidente marittimo il vettore risponde, purché si tratti comunque di un incidente avvenuto durante il trasporto⁽²⁵⁰⁾, entro lo stesso limite debitorio di 400.000 unità di conto per passeggero per ogni singolo evento⁽²⁵¹⁾, ma l'onere probatorio assume una dinamica analoga a quella aquiliana, con il passeggero costretto a dimostrare la colpa o la negligenza del vettore nella causazione dell'evento⁽²⁵²⁾.

⁽²⁴⁹⁾ Art. 3, par. 5, lett. a) e c) PAL.

⁽²⁵⁰⁾ Art. 3, par. 6. Sulla durata del trasporto di persone fa chiarezza l'art. 1, par. 1, n. 8, lett. a) Conv. Atene, affermando che «*il trasporto comprende i seguenti periodi: a) per quanto concerne il passeggero e/o il suo bagaglio a mano, il periodo nel quale essi si trovano a bordo della nave o durante l'imbarco o lo sbarco e il periodo nel quale sono trasportati per via d'acqua dalla banchina alla nave o viceversa, se il costo di tale trasporto è compreso nel prezzo del biglietto o se l'imbarcazione adibita a tale trasporto accessorio è stata messa a disposizione del passeggero dal vettore. Tuttavia, con riferimento al passeggero, il trasporto non comprende il periodo nel quale questi si trova in una stazione marittima o in un terminal marittimo o su una banchina o altra infrastruttura portuale*».

⁽²⁵¹⁾ Limite superabile in caso di dimostrazione del fatto che il danno sia derivato da un atto o un'omissione commessi dal vettore o da un sottoposto o incaricato dello stesso con l'intenzione di provocare un danno o temerariamente e con la consapevolezza che ne sarebbe derivato probabilmente un danno. Si vedano gli artt. 7, par. 1 e 13, PAL.

⁽²⁵²⁾ Più precisamente, nel caso di incidente marittimo il vettore risponde senza poter dimostrare la propria estraneità all'incidente fino alla somma di 250.000 unità di conto, a meno che l'incidente sia derivato da atto di guerra, ostilità, guerra civile, insurrezione o evento naturale eccezionale, inevitabile e irresistibile o, infine, da un atto o un'omissione intenzionale di un terzo. Il vettore può esonerarsi dal risarcimento del danno che ecceda la somma di 250.000 unità di conto (fino alle 400.000 unità), provando che l'evento dannoso non è imputabile a sua colpa o negligenza. Allorquando

L'impostazione che emerge dalla Convenzione in parola, pertanto, rafforza quella distinzione tra danni a causa del trasporto e danni in occasione del trasporto, si potrebbe dire spingendo questi ultimi fuori dal contesto contrattuale ⁽²⁵³⁾, seppure prevedendo un limite all'esposizione debitoria del vettore. In termini di protezione ciò appare a prima vista come una perdita d'itero rispetto alle conquiste ottenute nel settore aeronautico ed all'impostazione del codice sia civile, sia della navigazione. La disciplina del trasporto di passeggeri in ambito aeronautico, infatti, concentra la tutela su altri punti nodali, che sono quelli di *accident*, di *bodily injury* e di ambito temporale della protezione, senza vincolare strettamente la causa aeronautica del danno al diritto alla protezione ⁽²⁵⁴⁾.

Ad un più attento esame, tuttavia, ci si accorge che la natura extracontrattuale della responsabilità del vettore in caso di danni derivanti da causa diversa da un sinistro marittimo non è collegata all'inadempimento della prestazione di assistenza, vigilanza e sicurezza semplicemente perché essa in tal caso non sussiste; ci si trova infatti di fronte ad una lesione verificatasi al di fuori del terreno obbligatorio

la causa del danno sia un incidente non marittimo il vettore è chiamato a risarcire il danno causato fino al limite delle 400.000 unità di conto solo se il passeggero ne dimostra la colpa o la negligenza. È chiaro che, qualora pur essendo la natura dell'incidente chiaramente marittima la causa rimanesse ignota, ciò comporterà per il vettore il non potersi esonerare entro il valore di 250.000 unità di conto, così come impossibilità di esonero da responsabilità per il vettore vi è quando la causa dell'incidente marittimo sia il fatto non intenzionale del terzo.

⁽²⁵³⁾ Cfr. L. TULLIO, *Breviario*, cit., 183.

⁽²⁵⁴⁾ Sui concetti richiamati nel testo si rinvia a quanto esposto al §3, III cap.

protetto. In altri termini, con riferimento alle attività che, sebbene svolte a bordo di una nave non siano riconducibili all'ambito marittimo, il vettore assume il mero obbligo di trasferimento, essendo l'obbligo di protezione presente solo al fine di evitare i danni che derivino da un incidente marittimo (²⁵⁵), ossia una lesione collegata (nel senso previamente esposto), all'attività di trasferimento per acqua.

Pertanto, sebbene criticabile dal punto di vista della fondatezza (²⁵⁶), anche nella teoria che distingue i danni a causa del trasporto da quelli verificatisi in occasione del medesimo emerge chiaramente che vi è un ambito che mai potrebbe essere considerato tra gli obblighi di protezione per la sua natura irrimediabilmente extracontrattuale che lo priva di quel nesso di legale collateralità di cui si è parlato e ed è quello delle lesioni che nulla hanno in comune con l'adempimento al di là del tempo e del luogo in cui si verificano e che per tale ragione non possono essere distinte da analoghe lesioni verificatesi al di fuori dell'ambiente negoziale.

(²⁵⁵) Così L. TULLIO, *Breviario*, cit., 183.

(²⁵⁶) Cfr. A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., 127 ss.

10. La natura della responsabilità derivante dall'inadempimento dell'obbligazione di protezione.

Che il tema della responsabilità del vettore di per sé rappresenti una terra di confine tra l'area dell'inadempimento e quella dell'illecito è emerso ripetutamente nel corso della trattazione. La tendenza all'avvicinamento delle due sfere, peraltro, non si è affievolita nel corso del tempo, orientandosi, viceversa, verso una conferma ⁽²⁵⁷⁾. Con questo, si noti, non si vuole rinnegare l'esistenza di una differenza strutturale tra le diverse ipotesi di risposta al danno, che è invece indiscutibile; tuttavia, si deve prendere atto del fenomeno di convergenza tra le due e soprattutto riconoscere l'importanza degli obblighi di protezione in questa dinamica ⁽²⁵⁸⁾.

Una delle ragioni di questa attitudine è infatti derivata proprio dall'arricchimento contenutistico dell'obbligazione, la quale, ottenuto il riconoscimento della complessità della propria struttura, ha aperto la discussione in merito alla qualificazione della responsabilità conseguente

⁽²⁵⁷⁾ Sulla labilità del confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale si veda anche A. LEPRE, *Responsabilità aquiliana e contrattuale: un unico modello giurisprudenziale di responsabilità*, in *Giur. mer.* 2007/XI, 3063 ss.

⁽²⁵⁸⁾ Non si può e non si deve ignorare il fatto che anche la responsabilità extracontrattuale muove da un'esigenza di protezione; superando la visione individualistica della responsabilità aquiliana come strumento di riparazione del danno subito al di fuori di un rapporto contrattuale (o, meglio, obbligatorio), anche essa è strumento per garantire la sicurezza dei rapporti e anche essa scaturisce da un contatto sociale, sebbene al di fuori di una già esistente relazione negoziale, come afferma S. RODOTÀ. *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, 33.

alle violazioni di tutta quella serie di obblighi accessori, strumentali o collaterali che in tal modo sono stati individuati ⁽²⁵⁹⁾. Non è un caso, infatti, che il progressivo assottigliamento della linea di demarcazione tra la forma contrattuale e quella extracontrattuale di responsabilità sia in diretta relazione con l'aumento degli adempimenti di sicurezza, in dipendenza, a sua volta, con la misura della capacità di autoprotezione del creditore ⁽²⁶⁰⁾.

Un altro, non meno importante motivo è poi dato dall'apporto normativo sovranazionale, il quale ha da tempo introdotto una sostanziale parificazione tra i due titoli di responsabilità, prevedendo espressamente l'identità della loro disciplina ⁽²⁶¹⁾.

Più in particolare, qualche dubbio sulla natura del rimedio può riguardare il caso di mancata assistenza ai sensi degli artt. 9 del reg. (CE) n. 261/2004 e 17 del reg. (UE) n. 1177/2010.

⁽²⁵⁹⁾ Cfr. S. ROSSI, *Contatto sociale* (fonte di obbligazioni), in *Dig. disc. priv.*, V/2010, 347. Sulla natura di inadempimento dell'obbligo di protezione del passeggero che confluiscono a loro volta nell'obbligazione di protezione "allo stato puro", ossia svincolata dall'obbligo di custodia della persona, si veda A. ANTONINI, *La responsabilità*, cit., 620 ss.

⁽²⁶⁰⁾ Si addice particolarmente, pertanto, la qualifica di «categoria-cuscinetto tra la responsabilità contrattuale e quella da delitto», attribuita agli obblighi di protezione. Cfr. S. ROSSI, *Contatto sociale*, cit., 349.

⁽²⁶¹⁾ In questo senso il diritto dei trasporti è considerato il «pioniere» dei nuovi istituti, come ricorda A. ANTONINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 253, 267, il qual fa un elenco completo di tutte le fonti internazionali in materia di trasporto che hanno parificato l'azione extracontrattuale a quella contrattuale. Con particolare riferimento al trasporto aereo internazionale di persone si veda l'art. 29 della CM (e, prima, l'art. 24 della CV), mentre in tema di trasporto marittimo internazionale di passeggeri è l'art. 14 della Convenzione di Atene a sancire l'identità di trattamento.

Il punto chiave della questione risiede nel fatto che i presupposti dell'assistenza in questione sostanziano non già un inadempimento imputabile della prestazione di trasferimento(essa, infatti, non è corrisposta in considerazione di un danno, né postula un'attribuibilità della sua causa giustificatrice)⁽²⁶²⁾, bensì un impedimento alla stessa la cui causa può non essere riconducibile al vettore e che fa scattare lo specifico obbligo di fornire pasti e bevande, alloggio e *transfer*, possibilità di comunicare, il che rivela, viceversa, che il suo scopo è quello di prevenire lesioni e disagi al passeggero al ricorrere di determinate circostanze.

L'assistenza prevista dalla disciplina marittima ed aeronautica europea pertanto non ha natura risarcitoria, rappresentando invece una componente della prestazione di protezione del passeggero⁽²⁶³⁾. La ragione è sempre la stessa: la protezione è un'asse avente agli estremi da un lato il passeggero e dall'altro il vettore, lungo la quale il cursore della titolarità scorre verso l'una o l'altra estremità in considerazione della contingenza. Subire una cancellazione del servizio di trasferimento o un ritardo prolungato o vedersi negare l'imbarco ha un unico significato per il passeggero, che è quello di non potersi spostare così come

⁽²⁶²⁾ Cfr. L. TULLIO, *Interventi interpretativi*, cit., 367, 369. Propende invece per un inserimento degli obblighi di assistenza previsti dal reg. (CE) n. 261/2004 nell'alveo della responsabilità del vettore, qualificandoli come «*una sorta di riconoscimento anticipato delle classiche forme di risarcimento del danno patrimoniale*», A. MASUTTI, *Il ritardo aereo ed i rimedi del legislatore comunitario*, in *Dir. trasp.* 2007, 1038, 1043, 1054.

⁽²⁶³⁾ Così anche L. TULLIO, *L'obbligazione di protezione*, cit., 362.

programmato dovendo in aggiunta sostare per un periodo indeterminato in un contesto circoscritto sia dal punto di vista dello spazio, sia da quello delle possibilità di svolgimento delle proprie attività esistenziali. In termini di protezione questo si traduce in una forte riduzione delle capacità “autoconservative” per il passeggero con un conseguente accrescimento del potere di assistenza da parte del vettore. Su quest’ultimo, pertanto, è logica conseguenza che gravi la relativa prestazione.

Conseguentemente, è solo a fronte del diniego assistenziale che il vettore subisce un richiamo di tipo risarcitorio, sempreché il fatto abbia ingenerato un danno e che questo sia individuato e quantificato ⁽²⁶⁴⁾.

Questa impostazione, si noti, si incastra perfettamente nel sistema delineato dai rapporti tra la disciplina europea e quella internazionale, evitando interferenze sui limiti e le condizioni del risarcimento dettati dall’art. 29 CM. Gli attriti, in particolare, avrebbero potuto riguardare il fatto che l’art. 29 citato non solo prevede che ogni azione di risarcimento a qualsiasi titolo esperita debba essere esercitata alle condizioni ed entro i

⁽²⁶⁴⁾ Si noti, per inciso, che il mancato ossequio delle prescrizioni contenute nel reg. (CE) n. 261/2004 comporta l’inflizione al vettore delle sanzioni pecuniarie previste dal d. lg. n. 69 del 27 gennaio 2006 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 54 del 6 marzo 2006), emanato in ottemperanza al dettato di cui all’art. 16 del reg. (CE) n. 261/2004. La previsione, che aggiunge un’indubbia importanza pubblicistica alla protezione, non muta la natura delle lacune assistenziali. Essa, infatti, si aggiunge al risarcimento del danno operando su un piano diverso ed ulteriore rispetto a quello contrattuale, così come è consueto per qualsiasi forma di sanzione, al solo fine di «*garantire una concreta ed effettiva tutela dell’utente del servizio ed al contempo una efficienza generalizzata dei servizi di trasporto aereo*», come sottolinea B. FIORE, in *La cancellazione del volo e le sanzioni amministrative a carico del vettore che non ha compensato e assistito i passeggeri*, in *Dir. trasp.* 2009, 214, 218.

limiti previsti dalla stessa CM, ma dispone altresì che essa non deve concedere spazio «*ad alcuna riparazione a titolo punitivo, esemplare o comunque non risarcitorio*». Il risarcimento inteso in termini assistenziali, infatti, potendo prescindere dal requisito dell'esistenza del danno (l'assistenza deve essere fornita anche al passeggero che non ne abbia bisogno), potrebbe configurare un'ipotesi di riparazione a titolo punitivo o esemplare e comunque non *necessariamente* risarcitoria, ponendosi con ciò in aperto contrasto con la CM.

A confermare dal punto di vista giurisprudenziale la natura non risarcitoria dell'assistenza è, peraltro, intervenuta la Corte di giustizia europea (²⁶⁵), la quale ha espressamente affermato che la mancata fornitura dei rimedi immediati e uniformi previsti dall'art. 9 del reg. (CE) n. 261/2004 dà luogo al diritto al risarcimento del danno (che ben può sostanziarsi semplicemente nelle spese sostenute per il vitto, le bevande, l'alloggio e le comunicazioni non forniti dal vettore), precisando inoltre che detto rimedio non costituisce un risarcimento «*supplementare*» ai sensi dell'art. 12 dello stesso regolamento (²⁶⁶). In altre parole, considerato che l'art. 12 del reg. (CE) n. 261/2004 lascia aperta la

(²⁶⁵) C. giust. UE, sez. III, 13 ottobre 2011, causa C-83/10, *Aurora Sousa Rodríguez e a. v. Air France SA* in *Resp. civ. e prev.* 2012, I, 92 ss., con nota di S. INVERNIZZI, *La Corte di giustizia ed un caso di volo interrotto* e in *Dir. trasp.* 2012, I, 193 ss., con nota di V. CORONA, *Il risarcimento per l'inadempimento degli obblighi di assistenza del vettore aereo*.

(²⁶⁶) Punto 43. La sentenza in realtà estende la sua portata anche alla compensazione pecuniaria prevista dall'art. 8, della quale tuttavia si preferisce trattare nel prossimo capitolo.

possibilità per il passeggero di chiedere un risarcimento c.d. supplementare dal quale può essere detratto il risarcimento concesso ai sensi dello stesso regolamento, attribuendo all'assistenza in sé carattere risarcitorio, non solo essa, una volta prestata, dovrebbe essere detratta dall'eventuale ulteriore somma richiesta, ma le rifusione delle spese sostenute dal passeggero al quale le stesse misure venissero negate dovrebbe avere titolo proprio nell'art. 12, trovando fondamento nello stesso regolamento ed andando eventualmente ad aggiungersi ad altre voci di danno.

Il fatto che, invece, il risarcimento supplementare abbia un fondamento giuridico diverso dal regolamento ⁽²⁶⁷⁾ non esclude però la possibilità che lo stesso contenga in qualche sua parte una previsione risarcitoria, anche se si interroga sulla correttezza dell'aggettivazione supplementare. Forse, infatti, sarebbe stato più consono il riferimento ad un risarcimento che fosse altresì *complementare*, ossia di completamento eventuale rispetto a quanto già ottenuto e non solo *supplementare*, ossia di rispondenza ad esigenze straordinarie nel senso di ulteriori rispetto a quelle assistenziali.

⁽²⁶⁷⁾ Punto 38. Il risarcimento supplementare può, invero, essere accordato sulla base della disciplina nazionale o internazionale uniforme, come precisa S. INVERNIZZI, *cit.*, 106.

11. *Brevi riflessioni di chiusura.*

Giunti a questo punto nello studio del fenomeno protettivo e prima di passare all'analisi delle problematiche più spinose, ma anche più recenti, sull'argomento a cui ripetutamente si è fatto rinvio nel corso del capitolo che ora volge al termine, è possibile svolgere alcune parziali considerazioni.

In particolare, premessa la natura di autonoma prestazione della protezione nel trasporto oramai acquisita anche dalla giurisprudenza di legittimità (²⁶⁸), alcuni aspetti di essa sembrano minare la legale collateralità di cui si è parlato nel corso del presente capitolo. Infatti, mentre nella normativa nazionale ed in quella internazionale gli obblighi di protezione sono capaci di seguire in modo naturale il trasferimento, seppure distinguendosi da esso già positivamente, le peculiari previsioni specifiche di assistenza di matrice europea pongono interrogativi fondamentali nella comprensione del fenomeno; in particolare, ci si domanda che rapporto abbia con il trasferimento e la relativa sicurezza il

(²⁶⁸) Cass. 11 novembre 2008 n. 26972, ove, si afferma che «quanto al contratto di trasporto, la tutela dell'integrità fisica del trasportato è compresa tra le obbligazioni del vettore, che risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio (art. 1681 c.c.)» e, dando per scontata la risarcibilità del danno patrimoniale derivante dallo squilibrio economico derivante dall'eventuale inadempimento, si precisa altresì che «Il vettore è quindi obbligato a risarcire a titolo di responsabilità contrattuale il danno biologico riportato nel sinistro dal viaggiatore. Ove ricorra ipotesi di inadempimento-reato (lesioni colpose), varranno i principi enunciati con riferimento all'ipotesi del danno non patrimoniale da reato, anche in relazione all'ipotesi dell'illecito plurioffensivo, e sarà dato il risarcimento del danno non patrimoniale nella sua ampia accezione».

fatto di dover garantire il sostentamento durante l'attesa causata dal disservizio anche se di sole due ore o il fatto di corrispondere immediatamente una somma di denaro forfetaria per un impedimento del servizio ⁽²⁶⁹⁾.

Se, infatti, emerge già dal dato normativo così come dai principi generali consolidati a livello costituzionale e internazionale che il dover svolgere un'attività preventiva e rispondere delle lesioni del passeggero comporta una prestazione aggiuntiva di vigilanza e sicurezza, quando la sicurezza esce di scena viene a mancare il substrato teorico della costruzione degli obblighi solidaristici. Manca, in altre parole, quella gravità motivazionale che giustifica un intervento legale capace di insinuarsi nelle mura contrattuali alterandone la naturale struttura.

Ecco quindi che a fronte dell'integrità della vita, l'esigenza di comunicare ad altri il proprio ritardo o di non saltare un pasto (magari secondario), appaiono come necessità superflue e rinunciabili, soprattutto se si considera l'utilità sociale dell'attività di trasporto da parte di chi la esercita, per cui l'obbligo imposto dalla legge di farsi carico di queste ulteriori richieste sembra una punizione, o meglio, il ristoro

⁽²⁶⁹⁾ In tal senso anche V. CORONA, *Il risarcimento*, cit., secondo la quale «la previsione degli obblighi di assistenza, così come della compensazione pecuniaria forfetaria, è del tutto peculiare perché si discosta dai principi generali in materia di responsabilità contrattuale ed in particolare dall'imputabilità dell'inadempimento e, soprattutto, dall'esistenza di un danno».

anticipato di un danno che la stessa legge dà al vettore la possibilità di detrarre da un eventuale successivo risarcimento ⁽²⁷⁰⁾.

Per fare fronte a tali perplessità, bisogna precisare che la protezione è qualcosa di più ampio della mera sicurezza. Se quest'ultima è stata giuridicamente definita come *«il complesso di leggi, regolamenti, ordine e discipline, di natura preventiva, dettati con riferimento ai tre elementi uomo-ambiente-macchina allo scopo tecnico (comune alle varie discipline) di contenere i rischi ad un livello accettabile, livello che – sotto il profilo del diritto – coincide con la tutela della salvaguardia dell'incolumità pubblica»* ⁽²⁷¹⁾, la protezione contemporanea va oltre e si sostanzia nell'adozione di tutte quelle misure che, anche solo opportune, sappiano evitare al passeggero sia che un danno affligga la sua integrità personale e patrimoniale, sia che un qualche disagio ne alteri lo *status quo*.

⁽²⁷⁰⁾ Autorevole dottrina, infatti, ha ritenuto che la compensazione, pur non avendo funzione risarcitoria data la corresponsione indipendente dall'allegazione e dimostrazione di un danno, si avvicina ad essa, *«venendo comunque corrisposta in situazioni di verosimile disagio per il passeggero e, soprattutto, assimilata ad un'anticipazione rispetto al risarcimento ottenuto poi dal danneggiato»*. Così S. BUSTI, *La responsabilità del vettore*, cit., 175. Nelle stesse pagine, tuttavia, l'Autore ritiene che misure assistenziali e compensazione pecuniaria siano obblighi di ordine pubblico, negando di conseguenza ad esse spazio nel campo privatistico. Su un punto, comunque sia, chi scrive è d'accordo: la detraibilità degli importi ricevuti a titolo di compensazione dal risarcimento eventualmente ottenuto in un secondo momento non basta a qualificare la compensazione stessa come risarcimento; S. BUSTI, cit., 178.

⁽²⁷¹⁾ Così F. PELLEGRINO, *Sicurezza e prevenzione degli incidenti aeronautici*, Milano, 2007, 71.

Si supera, pertanto, sia a livello preventivo, sia a livello riparatorio, il mero diritto alla sicurezza ed alla salute ⁽²⁷²⁾ e si approda ad una tutela più simile a quella tipica della materia dei diritti del consumatore, nella quale, data la forte convergenza di istanze politico-sociali ⁽²⁷³⁾ più che strettamente giuridiche, il tratto protettivo è configurato non tanto intorno alla figura del danno, quanto a quella del disagio, portando con ciò all'evitare al consumatore fastidi e lungaggini spesso derivanti dal comportamento del professionista a fronte di un difetto del servizio o del bene fornito e facendo peraltro operare il rimedio risarcitorio solo là dove il presidio protettivo fallisse o non fosse praticabile.

Probabilmente queste peculiarità, assieme a quelle tipiche del sistema del *two tier liability*, potrebbero far pensare ad una forma di garanzia *ex lege*, ma non solo. Gli interventi delle istituzioni europee sulla portata del dato normativo hanno spesso saputo mettere in difficoltà gli interpreti, stimolandoli sempre di più ad abbandonare i canoni interpretativi tradizionali e ad allontanarsi dalle categorie tradizionali del diritto di origine romanistica, dando vita alle questioni che saranno esaminate nel prossimo capitolo.

⁽²⁷²⁾ Il diritto alla sicurezza, riconducibile alla più ampia tutela della salute, è il contraltare del dovere di protezione «*quale prestazione non accessoria, ma automaticamente e indissolubilmente annessa all'obbligazione principale nascente da un qualsiasi contratto di trasporto di persone*», secondo F. PELLEGRINO, *cit.*, 84.

⁽²⁷³⁾ Così V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contratto di trasporto aereo e la tutela del consumatore*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano, 2002, 729.

CAPITOLO III

Riflessioni su alcuni aspetti problematici in tema di protezione nel trasporto aereo e marittimo

SOMMARIO:1. *Considerazioni preliminari.* -2. *Verso una responsabilità oggettiva o ritorno ad una responsabilità per inadempimento oggettiva?* - 3. *Il confine tra protezione e autoprotezione: criteri semantici e temporali di individuazione. La nozione di accidente di sinistro marittimo.* - 4. *(Segue) La limitazione temporale dell'obbligo di protezione.* - 5. *Il rischio dell'impossibilità di proteggere.* - 6. *Il rischio d'impresa approda ad una dimensione contrattuale.* - 7. *La socializzazione del rischio.*- 8. *La tipizzazione del contenuto protettivo: il concetto di disagio e la nuova dimensione pecuniaria dell'assistenza.*9. *Brevi (necessarie) considerazioni di chiusura in materia di trasporto amichevole.*

1. *Considerazioni preliminari.*

Il graduale ma oramai consolidato passaggio dalla società dell'avere, basata su logiche proprietarie statiche, a quella del fare, orientata invece verso il dinamismo del mercato e l'efficienza concorrenziale, ha trascinato con sé il problema della perdita del

controllo sul legame tra danneggiato e danneggiante, nel senso che per via della crescente complessità del sistema economico, il pregiudizio eventualmente cagionato dall'attività produttiva o di fornitura di servizi è divenuto sempre meno riconducibile ad un preciso soggetto o ad un certocomportamento e, anche quando lo è, può risultare difficile ottenere ristoro dal diretto responsabile ⁽²⁷⁴⁾. Lo sviluppo della tecnica, infatti, non solo ha dato vita a sempre più numerose occasioni di danno, ma ha altresì cambiato sia la struttura del binomio danno-responsabilità, sia l'atteggiamento dell'ordinamento sociale prima e giuridico poi, nei confronti di tali novità. In particolare, si è assistito ad una sempre maggiore inevitabilità ed anonimia del danno, aspetti che si sono riverberati nell'inutilità della ricerca del soggetto a cui imputarne le conseguenze secondo gli ordinari criteri non solo soggettivi, ma altresì oggettivi. Ciò perché una maggiore automazione, meccanizzazione e informatizzazione, non possono non allontanare il soggetto fornitore sia dal servizio reso, sia dal soggetto fruitore, al contempo aumentando le ipotesi di danno non riconducibile direttamente all'agire umano, ma altresì rendendo il pregiudizio tanto frequente da divenire un accadimento ordinario o, quantomeno, prevedibile ⁽²⁷⁵⁾.

⁽²⁷⁴⁾ L'affermazione trae ispirazione dalla riflessione di G. B. FERRI, *La responsabilità del vettore verso il passeggero*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo* (a cura di L. Tullio), Napoli, 2006, 56, 57.

⁽²⁷⁵⁾ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., 19 ss. Il discorso, sebbene condotto all'inizio di un'attenta analisi sulla responsabilità civile, ha, anche per ammissione dello stesso Autore, un carattere generale che investe tutto il diritto privato.

L'ovvia conseguenza è la crisi del meccanismo di imputazione della responsabilità che si avvale della valutazione dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo, con risvolti negativi soprattutto in quei settori in cui l'elevata pericolosità dell'attività si deve conciliare con l'utilità sociale del servizio reso o del bene distribuito e la conseguente imprescindibilità della stessa. Questi ultimi aspetti, infatti, sono capaci di procurare elevati profitti, ma forniscono altresì la via per un abuso di posizione, soprattutto in virtù di una forte asimmetria informativa tra i contraenti ⁽²⁷⁶⁾. Da ciò deriva un particolare fenomeno secondo il quale a fronte di un servizio necessario per la collettività, da un lato quest'ultima si trova costretta ad affrontarne i costi in termini di pericolosità e di difficoltà di ottenere il ristoro della sua dannosità, dall'altro siffatte circostanze fanno sì che chi fornisce il servizio subisca un progressivo crollo della domanda; in un'interminabile spirale degenerativa poi, la conseguenza alimenta la sua causa, con il risultato finale di un regresso in termini di offerta e accessibilità al servizio stesso.

⁽²⁷⁶⁾ L'asimmetria informativa si sostanzia proprio nella mancata conoscenza, da parte di un contraente, di elementi fondamentali riguardanti il contratto che si intende stipulare, quali l'assunzione consapevole dei rischi ad esso inerenti, come sottolinea E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista* in I contratti dei consumatori, I (a cura di E. Gabrielli – E. Minervini), Torino, 2005, 25 e 24, nota 50, ove si cita C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Eur. dir. priv.* 2001, 703 ss. L'affermazione ci ricorda le parole di Trimarchi, il quale fa notare che solo in un mercato ideale i contraenti hanno la perfetta conoscenza di tutti i dati della produzione e si comportano, pertanto, in modo perfettamente razionale; cfr. P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1970, 512, 513.

Orbene, il settore dei trasporti costituisce un laboratorio molto efficace per la verifica e l'osservazione di quanto si è appena descritto, in quanto rappresenta un emblematico e concreto esempio dell'esistenza di attività lucrative imprenditoriali dotate di un'indubbia utilità sociale. L'attività trasportistica tende infatti, seppure nell'ottica del profitto imprenditoriale, alla garanzia del pieno soddisfacimento del diritto alla mobilità, ma si può altrettanto correttamente dire che essa, sfruttando l'insopprimibile esigenza di spostamento, è volta a generare profitti. Ma non solo. Come meglio sarà illustrato in seguito, in esso e nella sua storia si trova altresì la dimostrazione del fenomeno della crisi del criterio della colpa.

Dal canto suo, il rimedio alle conseguenze dell'anzidetta spirale degenerativa è da ricercare nella predisposizione di forme di supporto che siano a favore sia dell'impresa, sia dei fruitori del servizio, con interventi da attuare su un piano non solo economico, ma anche giuridico o, meglio, individuabili per il tramite di un'analisi economica del diritto. Questo è il motivo per il quale, proprio in virtù della dimensione sociale del contratto di trasporto, nel rapporto tra la volontà dei contraenti si sono in progresso di tempo inseriti fattori ultronei, ma non secondari, spesso difficilmente conciliabili tra loro, quali sono le logiche di mercato e concorrenziali e quelle solidaristiche.

Tutto questo riassume le vicende della nascita dell'obbligazione di protezione e delle conseguenze del suo inadempimento. Come si è detto

in fase di apertura del presente lavoro infatti, già l'entrata in vigore della Costituzione introduceva nel nostro ordinamento la soluzione al problema per il tramite del criterio solidaristico di cui all'art. 2 Cost., per cui, malgrado la dimensione degli obblighi di protezione nel trasporto aereo e marittimo sia oramai sovranazionale, è interessante notare come il nostro ordinamento contenesse il germe dei più attuali sviluppi in materia fin dal momento costituente.

Grazie all'art. 2 Cost. quindi, dalla necessità di individuare a quale soggetto, per colpa o dolo, fosse imputabile l'evento causativo del danno, l'attenzione si è progressivamente spostata verso l'opportunità di selezionare su quale parte del rapporto obbligatorio far ricadere le conseguenze del fatto pregiudizievole, seguendo sì il criterio della colpa, ma anche della capacità di meglio sopportarne le conseguenze, ove il requisito della "miglior capacità di sopportazione" non sempre è delineato scientificamente ed esattamente perché spesso è il frutto di scelte meramente politiche, etiche o economiche. Lo sviluppo che ne è derivato, evidentemente, è a favore della crescente oggettivizzazione della responsabilità fino al limite del rischio o della garanzia ⁽²⁷⁷⁾.

A tutto questo si deve aggiungere che il configurare una responsabilità tanto ampia da avvicinarsi al concetto di rischio inteso come dovere di dare una risposta traducendo in termini di costo un danno

⁽²⁷⁷⁾ Cfr. S. CICCARELLO, *Dovere di protezione*, cit., 179 ss., nota 42, il quale mette in luce come un siffatto meccanismo rischia di involvere a danno della collettività sulla quale potrebbe ricadere il costo sociale ed economico dello stesso, a detrimento della stessa solidarietà che l'aveva generato.

cagionato ad altri anche a prescindere dalla valutazione sull'attribuibilità dell'evento e sulla colpevolezza dell'autore, ha introdotto con decisione nell'ambito della struttura protettiva anche l'istituto dell'assicurazione, sebbene fattispecie ben diversa da quella della responsabilità ⁽²⁷⁸⁾.

2. *Verso una responsabilità oggettiva o ritorno ad una responsabilità per inadempimento oggettiva?*

Come è noto, il primo italiano ad avviare in dottrina un'analisi economica della responsabilità contrattuale è stato Pietro Trimarchi ⁽²⁷⁹⁾, secondo il quale gli schemi fondamentali della responsabilità contrattuale possono essere ricondotti all'alternativa tra responsabilità per colpa, che consegue alla violazione di norme di diligenza, e responsabilità oggettiva, che consente invece di liberarsi solo con la prova del fatto che l'inadempimento è dovuto ad *«una causa esterna all'impresa del*

⁽²⁷⁸⁾ Cfr. G. B. FERRI, *La responsabilità del vettore*, cit., 61 ss., la quale in tal modo coglie una seconda via per l'attuazione del fenomeno della c.d. socializzazione della responsabilità. In tal senso si esprime anche G. VISINTINI, *Inadempimento*, cit., 288, secondo la quale *«l'evoluzione di certi doveri di protezione (ndr: che, secondo l'Autrice, trovano comunque la loro fonte nella buona fede e ne sono specificazione), soprattutto di quelli aventi ad oggetto la persona umana, come nel trasporto di persone e nel contratto di lavoro subordinato, prepara ad una maggiore oggettivizzazione della nozione di causa non imputabile, e apre la strada allo strumento dell'assicurazione per la copertura di certi rischi»*.

⁽²⁷⁹⁾ Così G. VISINTINI, *Inadempimento*, cit., 147. L'opera di riferimento è P. TRIMARCHI, *Sul significato economico*, cit., 512 ss.

debitore e di carattere catastrofico, mentre le cause interne all'impresa restano a carico del debitore anche se siano incolpevoli» ⁽²⁸⁰⁾. In questa bipartizione, la responsabilità oggettiva riveste il ruolo di strumento capace di operare la migliore redistribuzione delle risorse tra i soggetti del mercato, sia addossando i costi conseguenti ai danni derivanti dall'inadempimento su quello più forte (non solo in senso economico, ma soprattutto in senso strategico, perché dotato dei mezzi utili a metabolizzare il relativo sacrificio), sia mediante il progresso tecnologico (che in tal modo è stimolato), sia infine perché rendendo più certa la sorte dell'eventuale controversia disincentiva la litigiosità ⁽²⁸¹⁾.

Trimarchi si è fatto quindi portatore di una visione della responsabilità oggettiva che spinge ai confini della controllabilità le cause di esonero per il debitore, così ottenendo il favore dalla migliore dottrina a noi contemporanea, la quale ha saputo in ciò individuare i lineamenti di un futuro, economicamente valido, sviluppo della teoria della responsabilità contrattuale d'impresa ⁽²⁸²⁾.

Se questa è la posizione di Trimarchi, l'assetto che invece in progresso di tempo si è venuto a creare nel campo del trasporto di passeggeri, in particolare in quello aereo, comporta un innegabile riavvicinamento alla teoria oggettivistica dell'inadempimento elaborata

⁽²⁸⁰⁾ Così P. TRIMARCHI, *cit.*, 521.

⁽²⁸¹⁾ Cfr. P. TRIMARCHI, *cit.*, 523 ss.

⁽²⁸²⁾ Cfr. G. VISINTINI, *Inadempimento*, *cit.*, 163 ss.

da Osti, secondo la quale fonte di responsabilità contrattuale è l'inadempimento *tout court*, a prescindere dall'elemento soggettivo che lo connota. Dettateoriavede infatti dolo e colpa attenere esclusivamente all'imputazione dell'impossibilità della prestazione e non già all'inadempimento:più di preciso, posto che la mancata esecuzione della prestazione comporta *ex sé* l'inadempimento, solo la prova dell'assenza di dolo o colpa e dunquela dimostrazione dell'imprevedibilità ed inevitabilità dell'evento che lo ha causato può esentare il debitore dal risponderne ⁽²⁸³⁾.

A ben vedere però, nella disciplina del trasporto aereo di passeggeri, sebbene solo in parte, si è persino andati oltre. C'è stato infatti, un superamento della teoria della responsabilità contrattuale oggettiva sia nel senso inteso da Trimarchi, sia in quello elaborato da Osti, in modo tale da rendere inevitabile evocare il concetto di rischio.

Bisogna a questo punto precisarepreliminarmenteche il rischio generalmente inteso più che un criterio di imputazione della responsabilità è un fenomeno descrittivo di caratteri comuni ad espressioni diverse e non possiede un preciso significato sistematico: quando si parla di“responsabilità per rischio“, infatti, si intende la responsabilità in senso disgiunto e contrapposto a quello di “imputabilità” e si dà atto del fatto che un soggetto subisce le

⁽²⁸³⁾ G. OSTI, *Scritti giuridici*, Milano, 1973, *passim*. Cfr. inoltre G. VISINTINI, *Inadempimento*, cit., 103 ss.; G. CHINÈ – A. ZOPPINI, *Manuale*, cit., 1911 ss.

conseguenze pregiudizievoli di un certo evento - a sua volta lesivo dei diritti di un altro soggetto – senza che detto evento sia a questi riconducibile, eccezion fatta per la previsione che gliene addossa il costo economico. Il sacrificio così sopportato, infatti, consiste in un esborso monetario costituente quantificazione – precisa o forfettizzata – e traduzione pratica del pregiudizio subito dal terzo.

È dunque evidente che in ciò sostanziandosi, il rischio appare come comprensivo di criteri di imputazione che possono essere i più svariati, quali, per citare qualche esempio, quelli della preposizione, della disponibilità di un bene, dell'esercizio di una certa attività⁽²⁸⁴⁾. Ad ogni modo, riducendo il rischio ai suoi tratti salienti può in un certo senso essere individuata una definizione dello stesso come imputazione di un sacrificio ad un soggetto quale conseguenza di un danno subito da un terzo in virtù di una mera previsione legale o negoziale.

In tutto ciò, il rischio resta comunque un fatto specifico e non un generale criterio di imputazione. Il motivo che giustifica la previsione poi è esterno al fenomeno ed attiene, questo sì, al canone di attribuzione del rischio.

È poi vero che parlare di rischio significa usare un concetto che necessita di essere messo in relazione con qualcosa affinché assuma un significato, sicché la possibilità che si debbano subire le conseguenze di condotte a sé non imputabili neppure causalmente è tradizionalmente

⁽²⁸⁴⁾ Cfr. S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., 176.

ricondotta in campo contrattuale al concetto di rischio dell'impossibilità della prestazione ⁽²⁸⁵⁾.

Certo è anche che il fatto stesso che si parli delle conseguenze di un qualcosa che abbia i connotati dell'impossibilità ha senso solo se ciò che di impossibile si intende sia espressamente ricondotto da una fonte normativa vincolante per chi ne deve rispondere ⁽²⁸⁶⁾. In questo senso si coglie la duplice relatività del concetto di rischio in quanto relato al sacrificio minacciato ed al soggetto che di quel sacrificio deve rispondere. Poiché si tratta, come detto, di condotte non imputabili a nessuna delle parti in rapporto, è dunque dall'esterno che deve essere stabilito chi dei due soggetti è opportuno che ne patisca le conseguenze in considerazione della disponibilità del correlativo potere ⁽²⁸⁷⁾, si potrebbe dire, di protezione.

Quest'ultimo, come già si è avuto modo di dire, nel campo dell'integrità della persona che sia interessata da una prestazione che necessariamente la coinvolge, si distribuisce tra debitore e creditore mediante l'individuazione di un punto di equilibrio fra protezione e

⁽²⁸⁵⁾ Sul concetto di rischio si veda S. ORLANDO, *Rischio e vendita internazionale*, Milano, 2002, 19 ss., 38. Sul rischio contrattuale si veda altresì E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 154 ss., con il quale chi scrive è d'accordo sul fatto che il problema del rischio nei termini di cui sopra non è esclusivo dei contratti sinallagmatici, ma «può sorgere rispetto a qualsiasi tipo di contratto, anche ad obbligazione unilaterale» e non solo con riferimento alla perdita del diritto alla prestazione da parte del creditore, ma altresì avendo riguardo al danno eventualmente patito a causa di detta perdita (158, 160).

⁽²⁸⁶⁾ Cfr. S. ORLANDO, *Rischio*, cit., 23.

⁽²⁸⁷⁾ Si veda, ancora, S. ORLANDO, *cit.*, 24, 32.

autoprotezione che varia a seconda della possibilità che la seconda si espliciti e della sua conseguente ampiezza.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, si apre una problematica relativa proprio all'individuazione del momento discriminante il potere di protezione da quello di autoprotezione che è opportuno affrontare prima di ogni ulteriore approfondimento sulla tematica del rischio.

3. Il confine tra protezione e autoprotezione: criteri semantici e temporali di individuazione. La nozione di accident e di sinistro marittimo.

La dimensione ad un primo esame tendenzialmente totalizzante della protezione del passeggero trova un duplice limite nella natura dell'evento causativo del danno e nel momento in cui esso si verifica⁽²⁸⁸⁾; l'art. 17 CM infatti, condiziona la risposta risarcitoria del vettore al

⁽²⁸⁸⁾ Il limite diventa triplice se si esclude dall'alveo dei danni risarcibili il danno c.d. psichico, ossia i pregiudizi rilevabili sul piano emotivo, in particolar modo se non ricollegati ad una lesione di tipo corporale. Sulla nozione di danno psichico e, più in generale, per un'attenta analisi della terminologia adottata nella CM in materia di danno e risarcimento si rinvia a A. ANTONINI, *Il danno risarcibile nel trasporto aereo di persone*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo* (a cura di L. Tullio), Napoli, 2006, 81, 86. Si veda inoltre A. ZAMPONE, *Sulla risarcibilità del danno psichico nel trasporto internazionale di persone* (nota a U.K. H.L. 2001, *King. V. Bristow Helicopters Ltd. v. KLM*), in *Dir. trasp.* 2003, 1012 ss. Interessante per la completa ricostruzione della CV e della CM in tema, anche alla luce della giurisprudenza internazionale, è la pronuncia *Ehrlich v. American Airlines*, 360 F.3d 366 (2nd circ., 2004). Il punto, invero, è ancora vivamente dibattuto e, sebbene la giurisprudenza maggioritaria sia propensa ad escluderne la autonoma rilevanza, non mancano le aperture ad una soluzione affermativa, come fa notare M. PIRAS, *Il danno non patrimoniale nel trasporto aereo*, in

verificarsi di un *accident* bordo o nel corso di una qualsiasi delle operazioni di imbarco o di sbarco, aggiungendo dunque allo sbarramento quantitativo dei 113.100 DSP quello qualitativo della natura della causa del danno e quello spazio-temporale dato dal momento (e, di conseguenza, dal luogo), in cui esso si verifica.

Per quanto concerne il primo aspetto, la nozione di *accident* è stata correttamente definita una nozione aperta, ossia da valutare caso per caso ⁽²⁸⁹⁾, posto che il termine utilizzato dal legislatore uniforme non è di per sé idoneo a fornire un senso univoco alla disciplina e rinvia, quindi, alla *lex fori* per la sua precisazione ⁽²⁹⁰⁾.

Sta di fatto che la parola in questione, significante infortunio inatteso, ha sostituito, nel passaggio dal regime di Varsaviache già parlava di *accident*, il termine *event* contenuto nel Protocollo di Guatemala City del 1961 ⁽²⁹¹⁾, evitando peraltro l'utilizzo della

Dir. trasp. 2012, 387 ss.; in tema si veda anche E. G. ROSAFIO, *L'azione extracontrattuale*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo* (a cura di L. Tullio), Napoli, 2006, 255, 278 ss.. Sostiene l'autonoma risarcibilità dei danni psichici alla luce della legge nazionale stante la non esaustività della disciplina della CML. TULLIO, *Il danno risarcibile nel trasporto aereo: il danno morale*, in *Dir. trasp.* 2011, 777 ss.

⁽²⁸⁹⁾ L. TULLIO, *L'obbligazione di protezione*, cit., 350, 365.

⁽²⁹⁰⁾ Così S. BUSTI, *Contratto di trasporto aereo*, cit., 417.

⁽²⁹¹⁾ Il Reg. (CE) n. 2027/07 parlava anche esso di *accident*: art. 3, «*The liability of a Community air carrier for damages sustained in the event of death, wounding or any other bodily injury by a passenger in the event of an accident shall not be subject to any financial limit, be it defined by law, convention or contract*».

parola *incident*, indicativo, invece, del mero infortunio, non ulteriormente qualificato ⁽²⁹²⁾).

È quindi invalsa, non senza un dibattito che a tutt'oggi non può dirsi completamente sopito, l'interpretazione secondo la quale per *accident* si intende un evento inusuale, inaspettato nonché esterno al passeggero ⁽²⁹³⁾. Rimangono conseguentemente esclusi i danni derivanti

⁽²⁹²⁾ Sul punto si veda M. M. COMENALE PINTO, *Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal*, cit., 798, 828 ss. Peraltro, lo stesso art. 17 CM utilizza il termine *accident* al primo comma con riferimento ai passeggeri, mentre adotta il termine *event* con riferimento ai bagagli, come fa notare B. BERTUCCI, *La Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999*, in CUST, *Atti dell'incontro di studio*, Ispica 29 agosto – 4 settembre 1999, Messina, 2000, 270.

⁽²⁹³⁾ È la definizione fornita dalla U.S. S.C. nel celeberrimo caso *Air France v. Sacks*, 470 U.S. 392 (1985), ove si parla di *accident* in termini di «*an unexpected or unusual event or happening that is external to the passenger*», confermata nella più recente giurisprudenza statunitense; cfr. *Shawn Carriker, et al v. Emirates Airlines, Inc.*, (5th Circ. 2012). Ad onor del vero una definizione ufficiale di *accident* la si rinviene nell'Annex 13 alla Convenzione di Chicago del 1944 sulle *Accident Investigation*, ove per esso si intende: «*An occurrence associated with the operation of an aircraft which take place between the time any person boards the aircraft with the intention of flight until such time as all such persons have disembarked, in which: a) a person is fatally or seriously injured as result of: - being in the aircraft, or – direct contact with any part of the aircraft, including parts which have become detached from the aircraft, or – direct exposure to jet blast, except when the injuries are from natural causes, self-inflicted or inflicted by other persons, or when the injuries are to stowaways hiding outside the areas normally available to the passengers and crew; or b) the aircraft sustains damage or structural failure which: - adversely affects the structural strength, performance or flight characteristics of the aircraft, and – would normally require major repair or replacement of the affected component, except for engine failure or damage, when the damage is limited to the engine, its cowlings or accessories or for damage limited to propellers, wing tips, antennas, tires, brakes, fairings, small dents or puncture holes in the aircraft skin or c) the aircraft is missing or is completely inaccessible*». Dall'*accident* l'ICAO distingue l'*incident*, intendendo per esso «*An occurrence, other than accident, associated with the operation of an aircraft which affects or could affect the safety of operation*». Un'attenta analisi delle due disposizioni è stata fatta da F. PELLEGRINO, *Sicurezza e prevenzione*, cit., 110 ss. Per completezza è bene dire che l'Annex 13, insieme agli Annexes 1, 6, 8, 11, 13 e 14, confluirà con entrata in vigore a partire dal 14 novembre 2013 nell'Annex 19 in vista di una progressiva armonizzazione della disciplina di *standards* e pratiche raccomandate ICAO. Cfr. anche G. MASTRANDREA, *L'obbligo*, cit., 181 ss. Ritene invece estranee alla nozione di *accident* la repentinità e l'imprevedibilità dell'accadimento, S. BUSTI, *Contratto*, cit., 417, poiché, secondo l'Autore, «*per accident si deve intendere lo stesso infortunio del viaggiatore, che già di per sé costituisce un fatto anomalo occorso durante le operazioni di trasporto, senza che si possa andare a pretendere che siano il passeggero*

da circostanze che, malgrado siano pregiudizievoli, abbiano il carattere della frequenza o anche della mera prevedibilità, oltre a quelli che siano sviluppo di un fenomeno interno del passeggero ⁽²⁹⁴⁾.

od i suoi aventi diritto a dimostrare puntualmente situazioni di anormalità del servizio aereo».

⁽²⁹⁴⁾ In quest'ottica si capisce, di conseguenza, perché sia ritenuto estraneo al concetto di *accident* il caso in cui il passeggero sia interessato da DVT (*deep vein thrombosis*, ossia trombosi venosa profonda), patologia che si manifesta soprattutto al livello degli arti inferiori e che si ritiene comunemente causata dalla lunga permanenza in posizione seduta in spazi troppo stretti per potersi muovere. La sindrome, pertanto, è detta anche "sindrome della classe economica", anche se i casi verificatisi in classi superiori, o addirittura in contesti diversi dal trasporto aereo, smentirebbe l'assunto sull'eziologia necessariamente collegata al trasporto aereo economico, come ricorda uno dei più attenti commentatori del fenomeno M. M. COMENALE PINTO, *La sindrome della classe economica*, in http://www.dirittoestoria.it/9/Contributi/Comenale-Pinto-Sindrome-classe-economica.htm#_ftn6, nonché G. N. TOMPKINS JR, *Deep Vein Thrombosis (DVT) and Air Carrier Legal Liability – The Myth and the Law*, in *Air & Sp. L.* 2001, 231 ss. In effetti non vi sono ancora evidenze scientifiche che definiscano l'insorgenza della DVT come conseguenza immediata e diretta della ristretta libertà di movimento a bordo di un aeromobile. Piuttosto, è stata individuata una serie di fattori predisponenti e cause concomitanti la sua insorgenza, quali l'ereditarietà, i trattamenti ormonali, il fumo, l'aver assunto bevande alcoliche prima del volo, la scarsa idratazione, la carenza di ossigeno, la mancata deambulazione. Cfr. G. GUERRIERI, *Italian Court Denies Recovery for Cerebral Haemorrhage Following 18.5-Hour Aircraft Journey*, in *Air & Sp. L.* 2010, 79 ss.. La DVT, dunque, è attualmente considerata una risposta, almeno in parte, personale ed interna del passeggero a condizioni del tutto normali e consuete di volo. Peraltro, si ritiene che non costituisca evento inusuale ed inaspettato e dunque non sia un *accident* il mancato avviso circa la possibile insorgenza della sindrome ed i metodi per la sua prevenzione. Sulla DVT e le tematiche ad essa collegate si vedano: G. N. TOMPKINS JR., *DVT litigation update: September 2004*, in *Air and Space law*, 2004, 312 ss.; U.K. C.A. 3 luglio 2003, *The deep vein thrombosis and air group litigation*, in *Dir. mar.* 2005, 256 ss. con nota di L. PALMIERI, *La D.V.T. non costituisce un "accident" ai sensi della Convenzione di Varsavia*; M. POLKOWSKA, *Some Observations on Civil Air Carrier Liability in International Air Carriage – "Accident", "Damage" and Jurisdiction*, in *Uniform Law Review*, 2010/I, 109 ss. Sull'esclusione delle conseguenze di un già compromesso stato di salute del passeggero dalla nozione di *accident* si veda A. ZAMPONE, *Le nuove norme sulla responsabilità del vettore*, cit., 7, 20. Tuttavia, non mancano pronunce in cui, con generale riferimento al carattere esterno della lesione, si è negato che una preesistente situazione patologica del passeggero potesse escludere la responsabilità del vettore, come in C.A. Paris 14 maggio 1987, *S.té CAMAT et autre c. Dubosq et autre* (solo massima), in *Dir. trasp.* 1989/I. È invece ascrivibile alla categoria degli *accidents* l'omessa assistenza al passeggero, anche eventualmente conseguente un principio di DVT. Sul punto si veda L. PALMIERI, *Ancora sulla nozione di "accident" in base alla convenzione di Varsavia*, nota a sent. U.S. S.C. 24 febbraio 2004, *Olympic Airways v. Rubina Husain*, in *Dir. mar.* 2006, 930 ss., ove, tra le ipotesi in cui il vettore potrebbe essere considerato responsabile per i danni da DVT, si cita il caso «*di una compagnia aerea che omette di avvisare i passeggeri del rischio DVT, nonostante le procedure standard glielo impongano*», ricordando in tal modo che l'obbligazione di protezione è

In dottrina è stato correttamente osservato che la preferenza definitivamente accordata al termine *accident*, in luogo di quell'*event* utilizzato nel Protocollo di Guatemala City, ha escluso che sul vettore ricadesse un'autentica garanzia relativa alla copertura economica di qualsiasi infortunio per il solo fatto che esso si fosse verificato a bordo dell'aeromobile o dall'inizio delle operazioni di imbarco al termine di quelle di sbarco con la sola eccezione del caso in cui lo stesso stato di salute del passeggero sia la causa del pregiudizio. In altre parole, con l'utilizzo del termine *event* sul vettore sarebbe ricaduto l'intero rischio connesso all'attività di trasporto, indipendentemente dal carattere usuale, prevedibile ed evitabile o meno del fatto lesivo ⁽²⁹⁵⁾.

legata ad una determinazione, legale e negoziale, autonoma e prevalentemente preventiva del suo contenuto e solo in minima parte individuabile a posteriori alla stregua di un mero aspetto di valutazione del corretto adempimento della prestazione di trasferimento. La valorizzazione dell'aspetto negoziale, peraltro, non solo consente di includere l'omissione (tradizionalmente considerata dalla giurisprudenza anglosassone un *non-event* e perciò esclusa dal *genus* degli *accidents*), nella categoria *accident* quando corrisponda ad un mancato ossequio di una previsione, ma consente altresì, come meglio si vedrà oltre, di superare la natura meramente responsabilistica del sistema del *two tier liability*, come afferma A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., *passim*. Del resto, la scarsa incidenza della DVT sul totale dei trasferimenti passeggeri comporta che detta sindrome potrebbe ben essere considerata, al di là delle logiche soggettive, un rischio ben collocabile sul mercato assicurativo. Sul punto si veda M. M. COMENALE PINTO, *La sindrome*, cit. Il fatto è che, o si fa ciò continuando però a sostenere la natura interna al passeggero del fenomeno (e in tal caso altre istanze potrebbero derivare per ipotesi del tutto analoghe), ovvero, trattandosi di messa in gioco della salute del passeggero, nel momento in cui la DVT dovesse essere riconosciuta come evento esterno al passeggero sarebbe del tutto logico pretendere dal vettore una protezione adeguata ad evitarne l'insorgenza. Sull'onere probatorio relativo alla sussistenza di un *accident* nel senso finora specificato si veda E. CARGNEL, *Trombosi nel trasporto aereo: nesso di causalità e nozione di incidente*, nota a sent. Trib. Busto Arsizio 24 marzo 2009, in *Dir. trasp.* 2010, 459, 462 ss., ove si prendono le distanze dalla tesi che addossa al passeggero il compito di individuare la causa del danno e la sua riconducibilità al vettore, sia con riferimento ai danni di entità inferiore o pari a – quelli che all'epoca erano ancora - 100.000 DSP (e quindi in relazione alla natura di *accident* del fatto lesivo), sia con riguardo a quelli che superano tale somma (e pertanto in funzione dell'imputabilità dell'evento al vettore).

⁽²⁹⁵⁾ Così osserva G. MASTRANDREA, *L'obbligo*, cit., 182 ss.

Ciò detto, è opportuno precisare altresì che il sinistro così individuato può avere qualsivoglia matrice, purché comporti unamodificazione in senso peggiorativo della salute del passeggero sia legato a un'anomalia del servizio che può prescindere anche dalla necessaria riconducibilità a quest'ultimo in senso eziologico (²⁹⁶), essendo l'unico aspetto rilevante quello relativo al fatto che si tratti di un'anomalia rispetto al normale svolgimento dell'attività di trasferimento e quindi che l'*accident* sia avvenuto a bordo del mezzo o durante le operazioni di imbarco o sbarco.

Differisce radicalmente l'approccio della PAL verso la definizione della causa del danno, limitando la protezione ai soli casi di incidente marittimo, il quale ha un significato diverso rispetto a quello di *accident*: mentre quest'ultimo, infatti, è concetto variabile, il primo è definito con precisione dal legislatore (²⁹⁷), il che evita, a monte, eventuali incertezze circa cosa debba intendersi per incidente marittimo.

(²⁹⁶) Cfr. S. BUSTI, *Contratto*, cit. 420. Sono pertanto stati considerati alla stregua di *accident* i casi di pirateria o attacchi terroristici, così come le lesioni derivanti dalla condotta di un altro passeggero. Sul punto si vedano: G. MASTRANDREA, *Profili dell'obbligo di protezione del passeggero nel trasporto aereo: la delimitazione temporale della responsabilità e la nozione di sinistro*, in *La tutela del turista* (a cura di G. Silingardi – V. Zeno-Zencovich), Napoli, 1993, 286. U.S. C.A. (2nd circ. 2000), *Wallace v. KLM Korean Air*, e U.K. C.A. 17 maggio 2001, *Morris v. KLM Royal Dutch Airlines*, in *Dir. trasp.* 2002, 678, solo massima

(²⁹⁷) Così L. TULLIO, *L'obbligazione di protezione*, cit., 349, 365 ss.

4. (Segue) *La limitazione temporale dell'obbligazione di protezione.*

Dal punto di vista della delimitazione temporale dell'obbligo di protezione, occorre fare delle diverse precisazioni.

Premesso che già sotto la vigenza della CV in tema di trasporto aereo di passeggeri e del codice della navigazione per quanto riguarda il trasporto marittimo di passeggeri l'interpretazione ampia delle nozioni di imbarco e sbarco escludeva che avessero rilievo ai fini della protezione vettoriale l'ingresso e l'uscita dal mezzo di trasporto intesi in senso stretto⁽²⁹⁸⁾, attualmente nella CM il riferimento è ancora, oltre al periodo in cui il passeggero si trova a bordo dell'aeromobile o della nave, a quello che si estende dall'inizio delle operazioni di imbarco al compimento delle operazioni di sbarco⁽²⁹⁹⁾. Nella PAL il riferimento invece è, oltre al

⁽²⁹⁸⁾ In tal senso opera il riferimento alle operazioni di imbarco e sbarco nella CM e l'interpretazione prevalente dell'art. 409 c. nav., come precisa DE MARCO, *La responsabilità civile nel trasporto di persone e cose*, Milano, 1985, 265. La teoria di riferimento è quella dei rischi dell'aria elaborata dalla giurisprudenza francese sotto la vigenza della CV, secondo la quale, il passeggero che avesse voluto beneficiare della presunzione di responsabilità in essa prevista avrebbe dovuto dimostrare la verificazione del danno dal momento della salita a bordo dell'aeromobile a quello della discesa dal medesimo, intesi entrambi in senso materiale. Cfr. G. MASTRANDREA, *L'obbligo*, cit., 162, 163.

⁽²⁹⁹⁾ È da subito opportuno dire che detta formula non può essere applicata al ritardo ed alla conseguente protezione, posto che non avrebbe senso parlare di ritardo cagionato dall'inizio delle operazioni di imbarco al compimento di quelle per lo sbarco. La CM nulla dice in merito, tranne fare riferimento al ritardo nel trasporto, di talché l'interpretazione preferibile, anche alla luce di una lettura congiunta della CM con il reg. (CE) n. 261/2004, è quella che considera il ritardo come il superamento dell'orario previsto di arrivo del volo. Cfr. S. BUSTI, *La responsabilità del vettore aereo per danni da ritardo*, in *La nuova disciplina aeronautica* (a cura di L. Tullio), Napoli, 2006, 127,

periodo in cui il passeggero si trova a bordo della nave, all'arco temporale che si svolge durante l'imbarco e lo sbarco ⁽³⁰⁰⁾, con l'ulteriore precisazione che la protezione si estende, in quanto considerato trasporto, anche al *«periodo nel quale sono trasportati per via d'acqua dalla banchina alla nave o viceversa, se il costo di tale trasporto è compreso nel prezzo del biglietto o se l'imbarcazione adibita a tale trasporto accessorio è stata messa a disposizione del passeggero dal vettore»* ⁽³⁰¹⁾,

150. Parla di *«arrivo non puntuale a destinazione»* che può, a sua volta, essere considerato in maniera soggettiva, escludendo quindi la relativa responsabilità se il vettore prova di aver adottato le opportune misure di diligenza, ovvero oggettiva, ossia come ritardo considerevole, al più depurato da un margine forfetario di tolleranza, S. GIACOBBE, *La responsabilità del vettore aereo per ritardo*, in Studi su: negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo (a cura di M. Deiana), Cagliari, 2005, 87, 93 ss., la quale, tuttavia, ritiene preferibile, al fine di superare l'eccessiva indeterminazione della tesi oggettiva, considerare il mero superamento dei tempi di volo rispetto all'orario previsto di arrivo con la possibilità per il vettore di esonerarsi dimostrando di aver adottato tutte le misure necessarie e possibili per evitare il danno, sempreché quest'ultimo sia provato nella sua esistenza ed entità. Deve essere oltretutto precisato che mentre la CM disciplina il solo ritardo all'arrivo, il reg. (CE) n. 261/2004, disciplina positivamente il ritardo alla partenza, ma, alla luce delle più recenti innovazioni giurisprudenziali europee, è destinato a regolare, altresì, il ritardo all'arrivo. Sul punto si veda *infra* § 8.

⁽³⁰⁰⁾ Art. 1, punto 8), lett. a) PAL: *«il "trasporto" comprende i seguenti periodi: a) per quanto concerne il passeggero e/o il suo bagaglio a mano, il periodo nel quale essi si trovano a bordo della nave o durante l'imbarco o lo sbarco e il periodo nel quale sono trasportati per via d'acqua dalla banchina alla nave o viceversa, se il costo di tale trasporto è compreso nel prezzo del biglietto o se l'imbarcazione adibita a tale trasporto accessorio è stata messa a disposizione del passeggero dal vettore. Tuttavia, con riferimento al passeggero, il trasporto non comprende il periodo nel quale questi si trova in una stazione marittima o in un terminal marittimo o su una banchina o altra infrastruttura portuale»*. Art. 17.1 CM: *«Il vettore è responsabile del danno derivante dalla morte o dalla lesione personale subita dal passeggero per il fatto stesso che l'evento che ha causato la morte o la lesione si è prodotto a bordo dell'aeromobile o nel corso di una qualsiasi delle operazioni di imbarco o di sbarco»*. Come si è detto in precedenza, già sotto la vigenza del solo art. 409 c. nav. le attività di imbarco e sbarco, considerate intrinsecamente pericolose, erano considerate oggetto di protezione.

⁽³⁰¹⁾ La PAL fa propria, pertanto, una precisazione fatta dalla dottrina con riguardo alla CM, ossia la natura di *«operazioni sostanziali del trasporto»* delle attività di trasferimento tramite interpista dei passeggeri, le quali dunque *«in mancanza dell'operato delle stesse da parte di terzi, dovrebbero essere svolte direttamente dal*

mentre è esclusa nel periodo in cui il passeggero «*si trova in una stazione marittima o in un terminal marittimo o su una banchina o altra infrastruttura portuale*».

Evidentemente, ci si trova ancora una volta davanti al fenomeno per cui la pluralità di soggetti legislativi, la settorialità delle norme e la natura di compromesso della disciplina mettono a dura prova la coerenza dell'ordinamento.

Ad ogni modo, malgrado siano tuttora discusse le nozioni di imbarco e sbarco, l'interpretazione prevalente con riferimento alla CM, proprio per il riferimento alle «operazioni», è quella che individua l'inizio e la fine di queste due fasi mediante il criterio della distinzione dagli altri utenti aeroportuali e del raggruppamento a ciò finalizzato; in tal modo, le fasi in questione sono ravvisabili dal momento in cui i passeggeri di un volo si mettono in fila al *gate* per il ritiro della carta d'imbarco e l'accesso al *finger* o all'area di transito verso l'aeromobile, al momento in cui il gruppo si scioglie con il varco della porta di sola uscita dall'area protetta degli arrivi (³⁰²). In questo modo, qualsiasi attività di spostamento verso l'aeromobile è posta sotto la protezione del vettore, senza le precisazioni riguardanti il fatto che detto trasferimento

vettore», come rimarca M. BADAGLIACCA, *L'attività di interpista nel sistema di Varsavia*, nota a Cass. 25 settembre 2001, n. 12015, in *Dir. trasp.* 2002, 235, 243.

(³⁰²) Questa interpretazione è sostenuta dalla migliore dottrina, fra cui si possono citare T. BALLARINO – S. BUSTI, *Diritto aeronautico e spaziale*, cit., 629; S. BUSTI, *Contratto*, cit., 425; G. MASTRANDREA, *L'obbligo*, cit., 157; A. LEFEBVRE D'OVIDIO - L. TULLIO – G. PESCATORE, *Manuale*, cit., 479 ss.

sia o meno compreso nel prezzo del biglietto o posto in essere a cura dello stesso vettore, come invece fa la PAL ⁽³⁰³⁾.

Meglio precisato, il criterio suddetto si traduce nella strumentalità dell'azione: imbarco e sbarco comprendono, in tal senso, tutti i «*momenti finalizzati a che il volo abbia inizio o concluda i suoi effetti per il passeggero*», tenendo conto, per la loro individuazione, di fattori quali il luogo in cui il passeggero si trova e di ciò che il passeggero fa in quel dato momento ⁽³⁰⁴⁾. Ciò che conta, in altre parole, è quella che nel presente lavoro è sempre stata definita come limitazione della libertà di autodeterminazione del passeggero proprio in funzione delle attività vettoriali, non essendo determinante, si noti, l'effettiva vigilanza da parte del personale della compagnia aerea in quanto basta che l'utente sia costretto a tenere una condotta vincolata affinché la prestazione di trasferimento possa avere luogo ⁽³⁰⁵⁾.

Tenuto conto di queste teorie e del fatto che esse così come sono appaiono tuttavia troppo ampie e dai confini discutibili, i criteri dirimenti sembrano essere, invece, quello dell'apparenza della protezione (e della

⁽³⁰³⁾ In senso contrario alla considerazione del trasporto su interpista come operazione di imbarco si veda Cass. 25 settembre 2001, n. 12015 con nota contraria di M. BADAGLIACCA, *L'attività di interpista nel sistema di Varsavia*, cit., 232, ove l'Autore precisa che «*le operazioni di assistenza a terra, in particolare il trasporto dei passeggeri per mezzo di interpista al fine di condurli ai piedi delle scalette dell'aereo, costituiscono operazioni sostanziali del trasporto – e ciò perché rientrano [...] nell'ambito temporale di responsabilità vettoriale – che, in mancanza dell'operato delle stesse da parte di terzi, dovrebbero essere svolte direttamente dal vettore*».

⁽³⁰⁴⁾ Così. S. BUSTI, *Contratto*, cit., 421. 422.

⁽³⁰⁵⁾ Il triplice ordine di presupposti da verificare per l'individuazione della responsabilità del vettore sono elencati in *Day v. TWA*, U.S. C.A. (2nd circ.1975).

correlativa evidente carenza di autoprotezione),assiemeal conseguente affidamento della propria persona da parte del passeggero al vettore, i quali criteri superano entrambi i singoli concetti di raggruppamento o di strumentalità ⁽³⁰⁶⁾. Per questa via risulta chiaro che il passeggero che non rileva inequivoci segnali di protezione non può invocarla, anche se ciò che egli fa può ad un primo esame apparire necessario e strumentale; diversamente, infatti, si potrebbe considerare oggetto di protezione qualsiasi attività svolta dal singolo al fine di poter essere trasportato, ivi compreso, per esempio, il fatto di aver percorso il tratto di strada che conduce al porto o all'aeroporto o l'aver semplicemente dovuto attraversare quest'ultimo o sostarvi ⁽³⁰⁷⁾. Il tratto comune delle attività citate a titolo esemplificativo è, infatti, quello dell'ignoranza da parte del vettore della presenza del passeggero sotto la sua cura per via della mancanza di elementi che ne limitino inequivocabilmente la libertà di

⁽³⁰⁶⁾ Così chi scrive ritiene debba essere inteso il criterio elaborato da Mastrandrea, secondo il quale occorre «*considerare tutto il tempo in cui il passeggero affida comunque la propria persona al vettore, comprendendo in questa delimitazione temporale anche le fasi in cui il passeggero, che inequivocabilmente mostra interesse ad usufruire della prestazione di trasporto, è sottoposto alla vigilanza, anche solo potenziale del vettore medesimo, in luoghi in ogni caso sottoposto al controllo di questi*». Cfr. G. MASTRANDREA, *L'obbligo*, cit., 174, poi sostanzialmente confermato in ID., *L'ambito temporale della responsabilità del vettore per morte o lesioni del passeggero*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo* (a cura di L. Tullio), Napoli, 2006, 76 ss.

⁽³⁰⁷⁾ Al riguardo si noti come la permanenza forzata dei passeggeri nell'aerostazione dovuta al dirottamento dell'aeromobile è considerata alla stregua di una fase del volo – dirottato – sebbene anomala, comportando, di conseguenza, la protezione da parte del vettore. Cfr. G. MASTRANDREA, *L'ambito temporale*, cit., 76. E. GIEMULLA – R. SCHMID, *Warsaw Convention*, cit., 27, invece, ritengono esclusa la protezione in caso di *forced-stopover*, anche se occorre precisare che si tratta di un'interpretazione risalente alla vigenza della CV, quando la responsabilità era comunque legata alla diligenza del vettore e, di conseguenza, alla sua condotta in senso stretto.

movimento e di autodeterminazione e rendano evidente il correlativo controllo compensativo da parte del vettore stesso (³⁰⁸).

In ciò consiste, ad esempio, la differenza tra uno spostamento interno all'area aeroportuale successiva ai controlli di sicurezza, ma effettuata perché il vettore è costretto a cambiare *gate* (e quindi a far spostare la fila), oppure perché il volo è stato interrotto per ragioni tecniche (*transit-stopover*) o, ancora, per via di un dirottamento (*forced-stopover*), rispetto a quello simile del passeggero che cerca in autonomia di non perdere una coincidenza (*transfer-stopover*) (³⁰⁹): non nella mera collegialità o meno della condotta dei passeggeri, bensì nella libertà di scelta di questi e nell'assenza di presidi (indicazioni, presenza di personale, avvisi e simili), limitativi da un lato e protettivi dall'altro, da parte del vettore.

Certo è che restano comunque delle zone d'ombra, quali quella relativa alla fase del *check in*, la quale come è noto, si svolge nell'area aeroportuale aperta al pubblico approssimandosi ai banchi della

(³⁰⁸) Già sotto la compilazione della CV, infatti, era stato escluso che la responsabilità del vettore si estendesse dal momento di arrivo all'aeroporto di partenza al momento di uscita dall'aeroporto di destinazione, mediante la riscrittura del documento preparatorio CITEJA sulla responsabilità del vettore aereo di passeggeri che, invece, conteneva una previsione in tal senso. Del resto, il mero ingresso nell'area aeroportuale da parte del passeggero non rende edotto della sua presenza il vettore. Così E. GIEMULLA – R. SCHMID, *Warsaw Convention*, cit., 22 ss. Tuttavia, con la presentazione ai banchi di accettazione ciò non si può più affermare, e questo ha condotto gli stessi Autori a sostenere che in quella fase e con esclusivo riferimento ad essa il vettore risponde della condotta non diligente del personale, ma si tratta, bisogna ricordarlo, di interpretazioni date in applicazione della CV.

(³⁰⁹) Sul punto si vedano T. BALLARINO – S. BUSTI, *Diritto aeronautico*, cit., 631; S. BUSTI, *Contratto*, cit., 425.

compagnia di volo. Al riguardo, la giurisprudenza ha ritenuto opportuno escludere la responsabilità del vettore per gli infortuni del passeggero⁽³¹⁰⁾, anche se potrebbero ben ipotizzarsi casi in cui potrebbe sostenersi il contrario; del resto, a tal fine sono posizionate in detta area strutture di cui il vettore usufruisce e le operazioni di accettazione sono svolte dai suoi dipendenti. Tuttavia, a voler essere precisi sembra proprio mancare in questi casi la limitazione di movimento del passeggero e l'evidenza della protezione, in quanto, giustamente, la fase di accettazione non è ancora momento di «*presa in custodia*» del passeggero⁽³¹¹⁾, ma fase amministrativa preparatoria al trasporto dei passeggeri, utile per verificare l'identità dei passeggeri, normalmente per assegnare loro il posto e consegnare la carta di imbarco, nonché solitamente per controllare, ricevere in consegna e/o registrare il bagaglio⁽³¹²⁾.

⁽³¹⁰⁾ Cfr. M. BADAGLIACCA, *cit.*, 237, nota 3. Altro momento critico è quello del passaggio ai controlli di sicurezza: il carattere necessario degli stessi, infatti, potrebbe indurre a ragionare in termini di strumentalità rispetto all'esecuzione del trasporto del passeggero. Tuttavia, a favore dell'esclusione di detta fase da quella di operazione di imbarco e, quindi, dalla sfera di protezione del vettore, militano diverse considerazioni. In primo luogo, detti controlli sono normalmente effettuati da soggetti privi di uno stretto collegamento con il vettore e, viceversa, operanti a favore di molteplici vettori operanti su voli nazionali ed internazionali; in secondo luogo, il loro svolgimento è finalizzato alla sicurezza non del singolo volo ma di tutta la società, come hanno dimostrato i tragici eventi dell'11 settembre 2001; in terzo ed ultimo luogo, la CM, così come la CV, non si applicano ai controlli di sicurezza in quanto materia da esse non disciplinata. In tal direzione si è mossa la pronuncia *Ester Dazo v. Globe Airport Security Services*, U.S. C.A. (9th circ. 2001)

⁽³¹¹⁾ Espressione usata da G. MASTRANDREA, *L'obbligo*, *cit.*, 164. Dal *check in*, al massimo, inizia la presa in custodia del bagaglio del passeggero.

⁽³¹²⁾ A tal proposito può considerarsi anche la facoltatività del *check in* ai banchi d'accettazione, sostituibile con l'*auto-check in* ai *totem* appositamente predisposti in aeroporto nell'area aperta al pubblico o *on line*.

Il limite spazio-temporale dunque, è fondamentale nella sua precisa delimitazione in quanto qualifica le operazioni proprie o estranee all'esercizio dell'impresa vettoriale e, allo stesso tempo, rende «*caratteristico*» del trasporto l'accadimento (³¹³). Per rispondere al meglio a questa esigenza è da condividere la scelta compiuta nella nuova disciplina marittima, ove a ben vedere, le aree escluse dalla copertura protettiva (stazioni marittime, *terminal*, banchine e simili), sono infrastrutture aperte al pubblico ove non vi è la benché minima sorveglianza da parte del vettore fino al momento in cui il passeggero si approssima alle scalette destinate alla salita a bordo del mezzo.

5. *Il rischio dell'impossibilità di proteggere.*

Dopo la breve premessa di carattere generale sul rischio e l'esame del concetto di *accident* nonché sull'estensione temporale della protezione, quello che in questa sede preme altresì esaminare è l'esistenza di previsioni che addossano al vettore il costo di eventi ad esso non riconducibili, oltre a quello di quanto è alla sua impresa

(³¹³) S. BUSTI, *Contratto*, cit., 416, 420.

addebitabile, traduzione evidente di quelle soluzioni di compromesso di cui si è discusso in sede introduttiva nel presente capitolo.

Orbene, questo compromesso attualmente vuole che nel trasporto aereo e, sebbene con delle significative varianti, in quello marittimo di passeggeri, viga il meccanismo noto come *two tier liability system*, con riferimento al quale sono state prospettate diverse ricostruzioni teoriche.

Autorevole dottrina ha infatti ritenuto che le conseguenze a cui è soggetto il vettore in caso di morte o lesioni del passeggero sia pur sempre da ricondurre a quello della responsabilità contrattuale, sebbene con cambiamento del regime al raggiungimento della soglia dei 113.100 DSP; stando a quanto premesso, da una responsabilità per inadempimento oggettiva si passa ad un'ordinaria responsabilità per inadempimento di tipo soggettivo per colpa presunta ⁽³¹⁴⁾.

Altra parte della dottrina invece, sulla base dell'inopportunità di ipotizzare un duplice sistema di responsabilità per un unico fatto causativo dell'inadempimento ritiene che l'entità del danno sia da considerare un elemento del tutto avulso dal meccanismo di accertamento della responsabilità civile ed attinente esclusivamente al momento

⁽³¹⁴⁾ Così G. SILINGARDI, *Reg. CE 2027/97*, cit., 1998, 621; A. ANTONINI, *La responsabilità*, in *Dir. trasp. cit.*, 629 e 630 e ID., *La responsabilità del vettore aereo di persone nel trasporto nazionale e nel trasporto internazionale*, in *Dir. mar.* 2000, 1180, 1192. In questo doppio livello si coglie un assoluto tratto di originalità consistente nell'aver fatto convivere nel medesimo ambito di responsabilità due istituti in netta contrapposizione tra loro, così A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., 64. Parla di «*duplice regime di responsabilità*» anche M. M. COMENALE PINTO, *Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999*, cit., 798, 822.

quantificativo dello stesso ⁽³¹⁵⁾. Secondo la tesi in esame dunque la previsione del limite dei 113.100 DSP non comporta una variazione del tipo di responsabilità, la quale rimane pur sempre di tipo soggettivo ed illimitato, aggiungendo semplicemente a carico del vettore un'obbligazione indennitaria surrogatoria del risarcimento e scevra da intenti sanzionatori ⁽³¹⁶⁾.

Vi è poi chi parla di garanzia, assumendo alla base dell'assunto la totale estraneità del ristoro dei danni entro i 113.100 DSP alle logiche della responsabilità e la corrispondente riconducibilità alla mera qualificazione giuridica del soggetto debitore ⁽³¹⁷⁾. Tuttavia, il concetto di garanzia si rivela inadeguato nel momento in cui mira al sicuro ottenimento di un risultato di carattere prettamente economico e quindi di una conservazione di carattere tendenzialmente assoluta, diversamente da quanto accade in materia protezionistica, ove l'obiettivo di mantenimento dello *status quo* è comunque relativo ⁽³¹⁸⁾.

⁽³¹⁵⁾ In tal senso L. TULLIO, *Spunti sulla responsabilità del vettore*, cit., 599 ss.

⁽³¹⁶⁾ La ragion d'essere di un siffatto meccanismo è da ricercare, per la tesi in esame, nelle esigenze di solidarietà sociale che, riconosciute dal nostro ordinamento e non solo, mirano a tutelare «la posizione del passeggero contro il mero fatto della sua pregiudizievole alterazione, prescindendo dall'imputabilità dell'inadempimento». Così L. TULLIO, *Spunti sulla responsabilità*, cit., 601.

⁽³¹⁷⁾ Cfr. G. B. FERRI, *La responsabilità*, cit., 70, secondo il quale la previsione di un'indennità sostanzia il rimedio, ma non il motivo dello stesso, che invece deve essere ricercato nella natura di garanzia, la quale sostituisce il comune criterio dell'imputabilità con quello della qualificazione giuridica del soggetto.

⁽³¹⁸⁾ Mentre, come si vedrà, per la teoria del rischio l'obbligazione di riparare il danno è la contropartita necessaria per i vantaggi derivanti dall'attività che ha cagionato il danno, per la teoria della garanzia l'obbligazione di indennizzare la vittima si giustifica con la violazione dei suoi diritti; la garanzia di sicurezza, peraltro, trova un

Proprio l'argomento della garanzia ci avvicina al motivo per cui non si tratta di una forma di responsabilità, neanche oggettiva: se è vero infatti che il vettore non è assoggettato ad un assoluto rispondere, è anche vero che esso non risponde sulla base del nesso eziologico, come una responsabilità oggettiva pura vorrebbe. Il vettore, infatti, risponde per il solo danno che deriva da un *accident* e quindi non in generale un danno derivante dalla sua attività, bensì una lesione che provieneda un evento inusuale, inaspettato ed esterno al passeggero. In altri termini, al di là dell'obbligazione di protezione, che impone di affrontare preventivamente l'ordinario e il prevedibile e che giustamente darebbe luogo a responsabilità per l'eventuale inadempimento, il vettore aereo risponde anche di ciò che non può prevedere e, quindi, prevenire mediante la prestazione protettiva.

Ciò apre pertanto la strada ad una quarta via, rappresentata dal rischio dell'impossibilità di adempimento dell'obbligazione di protezione. L'ottica è tendenzialmente quella dell'analisi economica del diritto e dell'ottimale allocazione dei costi del rischio dell'impossibilità di adempiere l'obbligazione di sicurezza, posto che in questo modo il rischio dell'inadempimento incolpevole finisce col gravare sul soggetto di norma contrattualmente ed economicamente più forte, ossia il vettore.

limite nel diritto di procurare tale danno («*droit de commettre tel dommage*»), come afferma B. STARK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Parigi, 1947, 43, 44.

Si scopre, di conseguenza, che l'obbligazione di protezione non è solo passibile di inadempimento, comportando pertanto la responsabilità del vettore per l'inattuazione imputabile, ma per previsione legale è altresì fonte di rischio dell'impossibilità, con il conseguente peso per il vettore di subire le conseguenze economicamente infauste della morte o delle lesioni del passeggero che non fossero ad esso imputabili fino alla somma dei 113.100 DSP ⁽³¹⁹⁾.

Peraltro, sebbene sia vero che il problema del rischio inizia dove finisce la responsabilità per inadempimento ⁽³²⁰⁾ ed è conseguenza della liberazione del debitore per impossibilità sopravvenuta della prestazione ⁽³²¹⁾, nella disciplina del trasporto aereo prevista dalla CM l'inadempimento della prestazione protettiva ed il rischio dell'impossibilità del suo adempimento si cumulano se il danno causato non supera il valore di 113.100 DSP rendendo irrilevante l'indagine sull'origine del danno. Con ciò non si vuole predicare l'alternatività del rischio rispetto alla responsabilità per colpa perché nel mezzo vi è la responsabilità oggettiva ⁽³²²⁾, che pure è stata richiamata da autorevole

⁽³¹⁹⁾ Al superamento della somma di 113.100 DSP il rischio dell'impossibilità cessa di gravare sul vettore e transita sul passeggero.

⁽³²⁰⁾ Sui caratteri del rischio si veda G. ALPA, *Rischio contrattuale* (dir. vig.), in *Enc. dir.* XL/1989, 1144 ss.

⁽³²¹⁾ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 163.

⁽³²²⁾ Chi scrive dissente, pertanto, dalle teorie che identificano la responsabilità contrattuale oggettiva con il rischio. Cfr. L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale* (dir. vig.), cit., 1072 ss.

dottrina per spiegare il fenomeno entro i 113.100 DSP. Il fatto è che nel caso in esame si supera persino il collegamento tra il fatto lesivo e la condotta del vettore e dei suoi dipendenti e preposti, attribuendo al debitore della prestazione di trasferimento ogni *accident* che si verifichi dall'inizio delle operazioni di imbarco al termine di quelle di sbarco, a prescindere dal fatto che esso sia attinente o meno con la natura dell'attività svolta.

Il primo livello del sistema, pertanto, non comporta una responsabilità oggettiva, ma direttamente un rischio contrattuale, posto che non ha senso per il vettore individuare la causa del danno per capire se questa sia o meno a lui imputabile, ma solo per verificare che si tratti di un *accident*, né importa la sua diligenza nell'adottare le misure idonee ad evitare il danno nel momento in cui esso deriva da un *accident* verificatosi nell'arco temporale stabilito, giusta l'irrilevanza del risultato di siffatte indagini ⁽³²³⁾. La causa riduttiva o estintiva del relativo obbligo risarcitorio o, forse sarebbe meglio dire, indennitario, consiste esclusivamente nella *contributory negligence* del passeggero, la quale altro non è se non il risultato di un'alterazione del rapporto tra protezione e autoprotezione posto alla base del rischio di dover rispondere delle lesioni al passeggero che giustifica una riconsiderazione in senso riduttivo di quest'ultimo. In altre parole: se il passeggero non esercita la

⁽³²³⁾ Chi scrive pertanto condivide quanto affermato da A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., 56 e da L. TULLIO, *L'obbligazione di protezione*, cit., 360.

dovuta autoprotezione, l'area del rischio che resta scoperta è quella a suo stesso carico.

Considerazioni analoghe possono essere fatte con riguardo alla PAL, ove in caso di danno derivante da sinistro marittimo ⁽³²⁴⁾ il vettore ha conservato la possibilità di esonerarsi da responsabilità fino a 250.000 unità di conto dimostrando che il danno sia derivato da una serie di eventi riconducibili a fortuito o forza maggiore (guerra, ostilità, guerra civile, insurrezione o fenomeno naturale di carattere eccezionale, inevitabile e irresistibile, oppure dolo di un terzo, oltre alla *contributory negligence* del passeggero). La necessità che la causa immediata del danno sia l'incidente marittimo, assieme all'elenco delle cause di esonero infatti, semplicemente circoscrive la causa del danno rilevante evitando l'approccio casistico che caratterizza il concetto di *accident* contenuto nella CM, ma trattandosi di rischi anomali detti presupposti permettono comunque che sul vettore gravino sia un'obbligazione di protezione dal contenuto ampio, sia le conseguenze di un'eventuale impossibilità non imputabile di adempimento dell'obbligazione di protezione ⁽³²⁵⁾.

⁽³²⁴⁾ Il danno derivante da causa diversa dal sinistro marittimo, si ricorda, è trattato dalla PAL alla stregua di un illecito extracontrattuale.

⁽³²⁵⁾ Cfr. A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., 248 ss.; L. TULLIO, *L'obbligazione di protezione*, cit., 349, 365. Resta il fatto che per il vettore marittimo, tuttavia, l'ampiezza dell'elencazione di casi eccettuati che sottrae alcune ipotesi di impossibilità non imputabile di adempimento della prestazione di protezione avvicina molto la risposta al danno ad una forma di responsabilità soggettiva per colpa presunta superabile mediante la prova della non imputabilità della causa del danno, perdendo quel carattere ampio di protezione che caratterizza il regime aereo. Tuttavia, fa notare A. ZAMPONE, *Il rischio*, cit., 259, che una simile interpretazione non avrebbe senso perché comporterebbe che la responsabilità di secondo livello sarebbe più ampia di quella di primo livello.

6. *Il rischio d'impresa approda ad una dimensione contrattuale.*

Ciò che fin qui è stato esposto converge in una ricostruzione che richiama con forza la teoria del rischio d'impresa.

Si tratta in verità di un'elaborazione che non ha finora trovato larga affermazione nel nostro ordinamento, essendo esso imperniato tradizionalmente sulla responsabilità per colpa. I rari casi di responsabilità non qualificata da un elemento soggettivo, infatti, solo in via minoritaria sono stati ricollegati al rischio d'impresa, intendendosi tale l'accettazione, da parte del soggetto che esercita un'attività riconducibile all'universo produttivo in generale, di sostenere i costi degli eventuali danni causati dallo svolgimento della stessa anche incolpevolmente. In altre parole, in questa ricostruzione ciò che rileva ai fini dell'obbligo risarcitorio è che l'evento dannoso sia avvenuto nell'esercizio lecito di un'attività in virtù della quale si trae un profitto, poiché colui che la svolge è ritenuto il *controllore* della stessa ed è in grado sia di meglio sopportare o prevenirne i costi, sia di redistribuirli sulla collettività mediante manovre dei prezzi (³²⁶) o politiche commerciali. In questo modo, il rischio diviene uno degli elementi di costo del prodotto o del servizio e permette di addivenire ad un duplice

(³²⁶) «Il principio del "rischio" corrisponde ad una esigenza di "giustizia distributiva", espresso dalla convinzione che colui che trae un profitto da un'attività deve assumersi tutti i danni che quella attività ha provocato», così G. ALPA – M. BESSONE, *La responsabilità*, cit., 106, 107, 167.

fine: una maggiore equità del sistema ed una probabile ottimale allocazione dei costi (³²⁷).

Il criterio di riferimento è, pertanto, di tipo più economico che giuridico (³²⁸) e lascia di conseguenza invariata la dicotomia colpa-rischio, senza mai approdare al rango di criterio autonomo di attribuzione delle conseguenze di un evento dannoso (³²⁹).

Va comunque chiarito che la teoria del rischio d'impresa si è sviluppata con quasi esclusivo riferimento alla responsabilità extracontrattuale (³³⁰), al fine di temperare le difficoltà dei terzi danneggiati ad ottenere un risarcimento per mezzo della presunta prevedibilità del danno (in quanto connesso con uno specifico rischio

(³²⁷) Come faceva notare Calabresi, infatti, la teoria del rischio d'impresa opera egregiamente anche quando i costi dei danni derivanti da un'attività sono sconosciuti perché la teoria in esame è in grado di introdurre nella dimensione sociale correttivi che, anche su base di scelte meramente opportunistiche e non economicamente ponderate, agevolano il mercato. Per dimostrarlo l'Autore fa l'esempio dell'impianto industriale che, con le sue immissioni arcaica danni alla popolazione residente nel circondario: in tal caso, secondo l'Autore «*spetterà al mercato individuare il metodo più conveniente [...] e siccome è probabilmente più economico che sia l'industria a pagare i proprietari, anziché i proprietari, tra loro associati, a pagare l'industria, la responsabilità dell'industria sarà giustificata. E questa non è una conseguenza della comparazione dei costi, di cui non conosceamo l'ammontare, ma una conseguenza del fatto che, rendendo responsabile l'impresa, si sono diminuiti gli ostacoli ad un'azione correttiva del mercato*». Cfr. G. ALPA – M. BESSONE, *La responsabilità*, cit. 173, 174.

(³²⁸) La figura del rischio d'impresa è stata, in realtà, molto fugace e riconducibile agli albori del socialismo giuridico come ricorda G. ALPA – M. BESSONE, *La responsabilità*, cit., 98.

(³²⁹) Di ciò viene fatto aperto riconoscimento già tempo fa in G. ALPA – M. BESSONE, *La responsabilità*, cit., 90.

(³³⁰) Come ricorda F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *RCDP* 1987, I, 79, 81, 83, la quale menziona l'oggettività del comportamento come strumento utile per l'attrazione e il superamento efficace di specifiche problematiche di responsabilità nell'ambito del rapporto contrattuale.

legato all'attività) e la sua conseguente accettazione da parte dell'imprenditore, il quale è ritenuto sicuramente in grado di approntare gli strumenti più opportuni (anche di tipo assicurativo), per la sua prevenzione e riparazione.

Gli sviluppi in materia navigazionistica, invece, hanno inglobato a pieno titolo il rischio d'impresa nella dimensione contrattuale. Il primo superamento della obbligazione di protezione in senso stretto a favore del rischio d'impresa si ha già con l'entrata in vigore della CMprima e della PAL poi per mezzo dell'adozione del *two tier liability system* con riferimento alla prima soglia monetaria (113.100 DSP nella prima e 250.000 unità di conto nella seconda). La peculiarità di tale sistema, infatti, risiede nell'impossibilità per il vettore di sottrarsi dalla corresponsione al passeggero del risarcimento per il danno subito entro tale somma, con la sola eccezione della *contributory negligence* di quest'ultimo e dei casi specificamente elencati dalla PAL ⁽³³¹⁾. Solo qualora il danno superasse detto limite monetario e solo per la cifra eccedente il vettore è ammesso a liberarsi dall'obbligo di risarcire il danno se prova che il danno non è derivato da colpa propria o dei propri dipendenti e preposti ovvero è dovuto a colpa di un terzo. In un siffatto meccanismo risulta evidente, pertanto, che il dover rispondere di un

⁽³³¹⁾ Sempre che, si noti, il danno verificatosi abbia i connotati previsti dalla disciplina convenzionale e quindi si tratti di una *bodily injury* verificatasi a seguito di un *accident* avvenuto tra l'inizio delle operazioni di imbarco e la fine delle operazioni di sbarco, come prevede l'art. 17 CM ovvero di un danno derivante da sinistro marittimo secondo la PAL.

danno che deriva da una causa a sé non imputabile è cosa diversa dalla responsabilità per inadempimento di un'obbligazione.

Queste considerazioni possono pertanto concludersi affermando che dalla CM in poi, i testi normativi in materia di trasporto aereo e marittimo di passeggeri si sono collocati nell'area della volontà di addossare al soggetto economicamente più forte – nel senso di influenza sulle regole di mercato – ossia sull'imprenditore, *«le conseguenze pregiudizievoli di un evento dannoso indipendentemente dall'imputabilità dello stesso a sua colpa: «il droit des catastrophes [...] deconnecté des responsabilités»*» (che, inteso in senso stretto, impone allo Stato di risarcire ai cittadini i danni subiti in conseguenza di atti terroristici), è il modello di riferimento in tal senso ⁽³³²⁾.

Nel trasporto di passeggeri, pertanto, si è definitivamente passati dal sistema della responsabilità a quella del rischio. In altri termini, consapevoli del fatto che in detto settore molti rischi possono tradursi in pregiudizio e che molti di essi siano da considerarsi alla stregua di un evento naturale di cui difficilmente possa essere individuato il soggetto a cui ricondurre la causa, nel presupposto secondo il quale sarebbe profondamente ingiusto lasciare simili danni privi di misure di riequilibrio, la domanda a posteriori *«per colpa di chi si verificò questo danno?»* è stata sostituita con quella preventiva *«a rischio di chi,*

⁽³³²⁾ Cfr. G. SILINGARDI, *Reg. CE 2027/07*, cit., 636.

potrebbe verificarsi questo danno?», affiancando alla risposta a carico del vettore, l'obbligo assicurativo minimo ⁽³³³⁾.

7. La socializzazione del rischio.

Considerato quindi il rischio d'impresa oramai entrato a pieno titolo anche nella responsabilità contrattuale, il fenomeno che ne consegue è la legalizzazione della c.d. socializzazione dello stesso, in virtù della quale si cerca di approdare alla migliore allocazione delle risorse mediante una distribuzione prestabilita delle conseguenze di un evento dannoso che prescinde dall'imputabilità e, persino, dall'attribuibilità in senso eziologico. Altrimenti detto, il dato positivo, nel contemperamento degli interessi tra danneggiante e danneggiato, privilegia il secondo spostando su di esso l'attenzione e la tutela; per far ciò, fa ricadere direttamente sul primo, ma indirettamente sulla collettività, tutte o una parte delle conseguenze del danno e ciò solo perché ritiene equo nonché socialmente ed economicamente conveniente detta scelta ⁽³³⁴⁾. Si tratta di una scelta di politica del diritto che è inversa rispetto a quella della tradizionale educazione giuridica non solo italianae

⁽³³³⁾ Si condivide pertanto l'osservazione quasi premonitrice fatta da P. STEIN – J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano, 1981, 125.

⁽³³⁴⁾ G. ALPA – M. BESSONE, *La responsabilità*, cit., 21 ss.

che si colloca in parziale contrasto con il principio del nessuna responsabilità senza colpa che ha informato le codificazioni ottocentesche e seguenti (³³⁵). Il sistema basato sulla soggettivazione della responsabilità, infatti, risponde ad una logica di sviluppo delle attività produttive, soprattutto di dimensione industriale; al contrario, l'oggettivazione della responsabilità e, a maggior ragione, la teoria del rischio, comportano la valorizzazione dell'individuo e la risposta ad esigenze sociali, secondo la visione che vuole il superamento della direttiva del "lasciare le perdite là dove si trovano" (³³⁶)

Come anticipato in precedenza, il percorso è ben noto alla disciplina della responsabilità vettoriale aeronautica, ove si è passati dalla responsabilità per colpa (per giunta dotata di un limite debitorio), al c.d. *two tier liability sistem*, quindi alla tutela a tutto tondo del reg. (CE) n. 261/2004 e del reg. (UE) n. 1177/2010, infine, alle modifiche giurisprudenziali del primo, in un cammino verso una sempre minore possibilità di esonero da parte del vettore e sempre minore necessità di dimostrazione del danno da parte del passeggero.

Si è quindi invertito in ogni senso il meccanismo di risposta al danno, ponendo al centro di esso la vittima e rendendolo preventivo più che riparatorio, distributivo più che sanzionatorio.

(³³⁵) G. ALPA – M. BESSONE, *La responsabilità*, cit., 27 ss.

(³³⁶) G. ALPA – M. BESSONE, *La responsabilità*, cit., 118.

Resta da considerare la carenza dell'elemento deterrente di un sistema basato sul mero rischio d'impresa. Se è vero che di rischio si tratta entro la soglia dei 113.100 DSP o delle 250.000 unità di conto, non si paventa forse la possibilità che il vettore sia tentato da forme di *efficient breach of contract*? Come si colloca questo fenomeno con la tutela dell'incolumità fisica del passeggero?

L'obbligazione di protezione in tutto questo gioca un ruolo essenziale: rende coercibile in via anticipata una condotta che, diversamente, potrebbe essere ignorata dal debitore.

Il vettore, infatti, potrebbe essere indotto dall'esito prevedibile dell'avverarsi del rischio che addosserebbe ad esso le conseguenze negative dell'evento anche in mancanza di un difetto a lui riconducibile ad ignorare il dovere di protezione. Ciò perché l'obbligazione di trasporto può ben essere adempiuta anche nell'inosservanza dell'obbligo protettivo e perché, probabilmente, il diffuso e costante rispetto del codice comportamentale di sicurezza avrebbe un costo maggiore delle conseguenze di un singolo incidente. Il diritto diviene quindi *«orientativo per il futuro, nel senso che ha(nno) lo scopo di indicare all'individuo come agire o non agire, ed ha(nno) altresì lo scopo di garantirgli – nella maniera più certa possibile – quali saranno gli effetti conseguenti a determinati tipi di comportamento»* ⁽³³⁷⁾.

⁽³³⁷⁾ F. H. LAWSON, *The Rational Strength of English Law*, 1951, 68, citato da P. STEIN – J. SHAND, *I valori giuridici*, cit., 347.

Da tutto ciò deriva che la visione solidaristica degli obblighi di sicurezza non è più circoscritta al rapporto tra le parti ma fuoriesce da esso estendendone le conseguenze sulla collettività che ne subisce il costo alla stregua di una prestazione patrimoniale imposta.

8. La tipizzazione del contenuto protettivo: il concetto di disagio e la nuova dimensione pecuniaria dell'assistenza.

Riassumendo quanto detto finora, il fenomeno protettivo nel trasporto aereo e marittimo di passeggeri deve ritenersi convogliato in un'obbligazione di protezione avente contenuto complesso solo in parte determinato, ma comunque determinabile e, in taluni casi, tipizzato almeno in parte da previsioni positive e da protocolli comportamentali adottati dal debitore della medesima.

Tuttavia, da qualche anno si assiste ad un fenomeno nuovo che ha, in qualche modo, turbato le contemporanee elaborazioni dottrinali riguardanti gli obblighi di protezione. Si è, infatti, assistito, da un lato all'ampliamento del fenomeno protettivo e, dall'altro, alla tipizzazione del suo contenuto.

Più di preciso, l'obbligo di protezione non è più – solo - sinonimo di obbligo di sicurezza, essendo, per volontà legislativa, finalizzato non più alla mera salvaguardia dell'integrità psico-fisica del passeggero nei

termini in cui si è precisato, ma altresì alla prevenzione di eventuali disagi che possano offendere quest'ultimo con, inoltre, una dilatazione temporale dell'impegno del vettore in tal senso; a ciò si aggiunga che siffatto impegno non è stato il frutto volontario di una scelta vettoriale ma un'imposizione positiva sovranazionale che, seppure per grandi linee, ne ha tipizzato il contenuto, spesso con risultati sorprendenti.

Il riferimento è, in particolare, al reg. (CE) n. 261/2004.

Infatti, apochi anni dall'adozione del reg. (CE) n. 261/2004, le istituzioni europee hanno, su più fronti, manifestato la volontà di ampliare ulteriormente l'ambito assistenziale a favore del passeggero, con provvedimenti di dubbia fondatezza sia sul piano formale, sia sul piano dei contenuti. In particolare, l'espansione protettiva si è registrata nel senso di ammettere un sostegno pecuniario forfetario per i disagi subiti dal passeggero, nonché nell'espansione dell'arco temporale in cui detti disagi rilevano ai fini dell'assistenza. Ma andiamo per gradi.

In un primo momento, nella sentenza *Sturgeon e a.* ⁽³³⁸⁾ la Corte di Giustizia affermava l'innovativo principio secondo il quale i passeggeri di voli ritardati possono essere assimilati ai passeggeri di voli cancellati ai fini del riconoscimento del diritto alla compensazione pecuniaria allorquando, a causa del ritardo, subiscano una perdita di tempo pari o superiore a tre ore, ossia quando giungono alla loro destinazione finale

⁽³³⁸⁾ C. giust. CE 19 novembre 2009 (proc. riun. C-402/07 e C-432/07), in *Dir. trasp.* 2010, 113 ss., con nota di V. CORONA, *La compensazione pecuniaria per il ritardo aereo tra diritto positivo e giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia.*

tre o più ore dopo l'orario di arrivo originariamente previsto, salvo che il vettore dimostri che il ritardo prolungato è dovuto a circostanze eccezionali che non si sarebbero potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso, ossia circostanze che sfuggono all'effettivo controllo del vettore stesso ⁽³³⁹⁾.

In altre parole, premessa la distinzione concettuale tra ritardo e cancellazione del volo ⁽³⁴⁰⁾, in considerazione del fatto che il reg. (CE) n. 261/2004 persegue l'obiettivo di garantire ai passeggeri un elevato livello di protezione a prescindere dal fatto che si trovino in una situazione di negato imbarco, cancellazione o ritardo prolungato poiché si tratta in ogni caso di impedimenti che causano fastidi o gravi *disagi* tra loro assimilabili, con una pronuncia più creativa del diritto che interpretativa ⁽³⁴¹⁾, la Corte è giunta ad affermare che il diritto alla compensazione pecuniaria, previsto espressamente dal reg. (CE) n. 261/2004 solo per i casi di negato imbarco e cancellazione del volo, deve essere riconosciuto

⁽³³⁹⁾ Punto 69 sent. *Sturgeon e a.* Sulla portata della nozione di «*circostanze eccezionali*», si veda la sentenza C. giust. CE 22 dicembre 2008 (causa C-549-07), *Wallentin-Hermann*, in *Dir. trasp.* 2009, 801 ss., con nota di V. CORONA, *Le circostanze eccezionali e le prestazioni del vettore aereo in caso di cancellazione del volo*.

⁽³⁴⁰⁾ Punti 29-39 sent. *Sturgeon e a.*

⁽³⁴¹⁾ La portata innovativa e non meramente interpretativa della sentenza non è passata inosservata a V. CORONA, *La compensazione*, cit., 128 e a M. BRIGNARDELLO, *I diritti dei passeggeri nel trasporto marittimo e nelle altre modalità: uniformità e differenze*, in *Dir. mar.* 2012, 786, 793.

anche ai passeggeri di voli ritardati (³⁴²). Ciò che, tuttavia, rileva in questa sede, non è tanto l'estensione del riconoscimento di siffatto diritto, quanto il fondamento a cui lo stesso è stato ricondotto.

Nello specifico, in un primo momento la compensazione pecuniaria è stata ricondotta ad una forma di risarcimento standardizzato ed immediato del danno rappresentato dalla irreversibile perdita di tempo (³⁴³), in tal modo sollevando critiche circa la compatibilità di una simile affermazione con il dettato della CM. Se, infatti, nulla osta ad una compensazione pecuniaria in funzione risarcitoria nei termini di cui al reg. (CE) n. 261/2004 per le ipotesi di negato imbarco e cancellazione del volo in quanto fattispecie non contemplate dalla disciplina internazionale uniforme, lo stesso non vale in materia di ritardo. Questo perché l'art. 19 della CM prevede una prova liberatoria ben precisa per il caso di ritardo di qualsiasi durata, stabilendo che il vettore aereo è responsabile del danno derivante da ritardo a meno che dimostri che egli stesso e i propri

(³⁴²) Tale statuizione, si noti, è avvenuta sulla base di argomentazioni non pienamente condivise dalla dottrina, per la conoscenza delle quali, non ritenendosi questa la sede opportuna, si rinvia alle trattazioni di Cfr. V. CORONA, *La compensazione*, cit., 125 ss.

(³⁴³) Punti 51 e 52 sent. *Sturgeon e a.* La natura risarcitoria della compensazione pecuniaria, peraltro, era stata già affermata nella sent. Corte giust. CE 10 gennaio 2006 (causa C-344/04), *IATA e ELFAA*, punto 72. In dottrina si ricorda che la compensazione è stata qualificata da alcuni come risarcimento determinato forfetariamente riconducibile ad un illecito contrattuale, escludendo così la natura di indennizzo dovuto a compimento di un fatto lecito dannoso, come fa A. ANTONINI, *Corso di diritto dei trasporti*, cit., 234. Altri autori hanno invece ritenuto più corretto considerare la compensazione alla stregua di una forma di assistenza; cfr. L. TULLIO, *Interventi interpretativi*, cit., 371; altri ancora, infine, l'hanno definita una penale *ex lege* con l'ulteriore funzione di «*garantire un ristoro forfetario per danni che sono difficilmente quantificabili e dimostrabili*», come afferma M. PIRAS, *Il danno non patrimoniale nel trasporto aereo*, in *Dir. trasp.* 2012., 387, 398.

dipendenti e preposti hanno adottato tutte le misure che potevano ragionevolmente essere richieste per evitare il danno o che fosse impossibile adottarle (³⁴⁴), e poiché l'art. 29 della stessa Convenzione impone il rispetto delle condizioni e dei limiti da essa previsti per ogni azione di responsabilità intentata contro il vettore (³⁴⁵), è evidente che l'imposizione di un risarcimento forfetario ed immediato (anzi, anticipato), dovuto con la sola eccezione delle circostanze eccezionali non fosse per nulla aderente al testo internazionale.

È per questo che la stessa Corte di Giustizia, con un interessante *revirement* interpretativo (³⁴⁶), ha attribuito alla compensazione

(³⁴⁴) L'art. 19 della CM così recita: «*The carrier is liable for damage occasioned by delay in the carriage by air of passengers, baggage or cargo. Nevertheless, the carrier shall not be liable for damage occasioned by delay if it proves that it and its servants and agents took all measures that could reasonably be required to avoid the damage or that it was impossible for it or them to take such measures*».

(³⁴⁵) Art. 29 della CM: «*In the carriage of passengers, baggage and cargo, any action for damages, however founded, whether under this Convention or in contract or in tort or otherwise, can only be brought subject to the conditions and such limits of liability as are set out in this Convention without prejudice to the question as to who are the persons who have the right to bring suit and what are their respective rights. In any such action, punitive, exemplary or any other non-compensatory damages shall not be recoverable*». Secondo la dottrina questa previsione esclude, di fatto, sia il concorso, sia il cumulo tra azione contrattuale ed azione extracontrattuale allorquando, in sede ad un contratto di trasporto, un unico fatto lesivo si configuri simultaneamente come violazione dell'art. 2043 c.c. e come inadempimento dell'obbligazione promessa. Peraltro, l'art. 941 c. nav. nella formulazione conseguente la revisione della parte aeronautica del codice della navigazione, rinviando espressamente alle norme comunitarie ed internazionali in tema di trasporto aereo di persone e bagagli, fa sì che sia la CV, sia il reg. (CE) n. 889/2002, si applichino, oltre che ai vettori nazionali dotati di licenza comunitaria, anche a quelli di essa privi, estendendo così la relativa disciplina al diritto interno, anche con riferimento ai rapporti tra azione contrattuale ed extracontrattuale. Cfr. E. G. ROSAFIO, *L'azione extracontrattuale*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo* (a cura di L. Tullio), Napoli, 2006, 254, 264 ss., 282

(³⁴⁶) Sentenza C. giust. 23 ottobre 2012 (proc. riun. C-581/10 e C-629/10), *Nelson e a.*, in *Dir. trasp.* 2013, 491 ss. Interpretazione che, considerato il contenuto innovativo della precedente sentenza *Sturgeon e a.*, potrebbe essere definita come «*interpretativa di una sentenza interpretativa che poi tale non è*». Sul punto, sia

pecuniaria corrisposta per il ritardo all'arrivo natura assistenziale ⁽³⁴⁷⁾, attraverso un discorso che ruota interamente attorno al concetto di *disagio* che già può trovarsi nei considerando del reg. (CE) n. 261/2004 ⁽³⁴⁸⁾.

Più precisamente, la Corte elabora con metodo sillogistico la sua interpretazione sulla base di due premesse: partendo dalla considerazione per cui la perdita di tempo non è qualificabile come danno ma solo alla stregua di un *disagio* ⁽³⁴⁹⁾, essendo la compensazione pecuniaria un semplice rimedio per la perdita di tempo, la compensazione pecuniaria non può essere qualificata come risarcimento del danno ma solo come rimedio per un *disagio* ⁽³⁵⁰⁾.

Con questo assunto, tuttavia, la Corte riesce a rimuovere i profili di incompatibilità con gli artt. 19 e 29 della CM, ma non le perplessità sulla

consentito rinviare a V. CUCCU, *Brevissime considerazioni sui nuovi standard europei di tutela per il ritardo aereo all'arrivo: disagi, responsabilità condivisa e assistenza pecuniaria*, in *Dir. trasp.* 2013, 503 ss.

⁽³⁴⁷⁾ Punti 51-58 sent. *Nelson e a.*

⁽³⁴⁸⁾ Si veda il considerando n. 2 del reg. (CE) n. 261/2004, ove si legge che «*Il negato imbarco, la cancellazione del volo o i ritardi prolungati sono causa di gravi disagi e fastidi per i passeggeri*», oltre al considerando n. 12. Nelle più recenti sentenze in materia di compensazione pecuniaria e ritardo prolungato, il binomio disagi e fastidi è più che ricorrente, e, eccettuata la sentenza *IATA e ELFAA* in cui netta era la presa di posizione della Corte a favore della natura risarcitoria della compensazione pecuniaria, spesso il primo sembra essere usato, forse non del tutto consapevolmente, come sinonimo di danno. Si vedano le già citate sentenze *Sturgeon e a.*, *Nelson e a.*, ma anche la più recente Corte giust. 31 gennaio 2013 (causa C-12/11), *McDonagh c. Ryanair Ltd.*

⁽³⁴⁹⁾ Cfr. punto 51. In realtà sarebbe stato più opportuno dire che la perdita di tempo, semplicemente, sostanzia e si identifica con il ritardo ed è, l'antecedente logico e causale del danno.

⁽³⁵⁰⁾ Cfr. punto 49.

natura assistenziale della compensazione pecuniaria; per superarle essa fa ricorso ad un altro sillogismo che parte dal presupposto dell'esistenza di rimedi assistenziali standardizzati e immediati *ex art. 7 reg. (CE) n. 261/2004* giustificati dalla tendenziale prevedibilità e omogeneità dei *disagi* e fastidi che la perdita di tempo causa nella generalità dei passeggeri per i casi di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo alla partenza. Orbene, seguendo il ragionamento della Corte, se ciò è ammesso, posto che anche il ritardo all'arrivo può essere causa di *disagi* e fastidi anch'essi tendenzialmente omogenei (³⁵¹), deve ritenersi opportuno prevedere un rimedio forfetizzato anche in questa fase, sebbene la diversa posizione del passeggero renda più adeguata la forma monetaria della compensazione rispetto a quella, per così dire, materiale dell'assistenza *ex art. 7 reg. (CE) n. 261/2004* (³⁵²).

Il discorso, logicamente corretto, è sicuramente apprezzabile sul piano equitativo, ma sfugge su più fronti alla dimensione giuridica della tutela del passeggero.

Anzitutto, ciò che turba il giurista è la terminologia: ci si interroga, in altre parole, sul significato di *disagio* e sulla sua collocazione nella materia della protezione del passeggero.

Nelle espressioni usate dalla Corte, si coglie un significato di disagio differente da quello di fastidio - al quale viene spesso accostato -

(³⁵¹) Sul punto si veda la sentenza *IATA e ELFAA*, punto 43.

(³⁵²) Cfr. V. CUCCU, cit., 506.

ma comunque a quest'ultimo vicino: un discostamento in senso peggiorativo dalla situazione di normalità di entità variabile identificabile con la fatica e le privazioni derivanti dall'essere costretti a rimanere in un ambiente circoscritto, non confortevole e con mezzi limitati. Orbene, a questo concetto di disagio ben si collega quello di assistenza e sostegno.

In questo senso, peraltro, la giurisprudenza di legittimità italiana ha dato di recente segnali di convergenza con quella europea, dal momento che attualmente ha riconosciuto ed ammesso l'autonoma configurabilità e risarcibilità del danno esistenziale inteso come compromissione delle normali potenzialità di esplicazione e realizzazione della personalità del danneggiato, derivante, prevalentemente, dall'essere costretti a modificare il proprio abituale stile di vita ⁽³⁵³⁾.

⁽³⁵³⁾Molto brevemente è bene ricordare che, onde evitare facili duplicazioni risarcitorie, l'ammissibilità dell'autonoma voce del danno esistenziale non è, ad oggi, mai stata pacifica. Nato in sede giurisprudenziale come risposta alla possibilità che una lesione possa interessare, oltre alla salute (tutelata come danno biologico *ex artt.* 2043 c.c. e 32 Cost.) ed al danno morale (*ex art.* 2059 c.c.), anche valori diversi ma comunque fondamentali alla luce dell'art. 2 Cost., esso ha messo in discussione il consolidato sistema tripolare che contrapponeva al danno-evento biologico i danni-conseguenza rispettivamente patrimoniali e morali configurato da C. cost. 14 luglio 1986, n. 184 (comunemente detta sentenza *Dell'Andro* dal nome del giudice relatore). Con le sentenze gemelle del 2003, infatti (Cass. 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828), e il significato ampio e costituzionalmente orientato attribuito all'art. 2059 c.c. (avallato da C. cost. 11 luglio 2003, n. 233), il danno non patrimoniale (così divenuto unica alternativa al danno patrimoniale nel nuovo sistema bipolare), è ricondotto al solo art. 2059 c.c. e suddiviso in tre autonome componenti: danno morale soggettivo (patema d'animo e turbamento psichico), danno biologico (danno alla salute psico-fisica *ex art.* 32 Cost.) e danno esistenziale (danno a qualsiasi altro interesse costituzionalmente garantito). In tema di danno non patrimoniale in caso di negato e ritardato imbarco dopo le sentenze del 2003 si veda G. DI GIANDOMENICO, *Il danno non patrimoniale per negato o ritardato imbarco*, in *Dir. trasp.* 2005, 2 ss. In questo modo si è giunti alla consacrazione dell'autonoma risarcibilità del danno esistenziale, messa in discussione successivamente dall'intervento della Cassazione (Cass. SU 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974 e 26975), quando è stato affermato che «*il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate*», attribuendo al danno esistenziale la sola valenza descrittiva di una "voce" del danno patrimoniale complessivamente inteso riconoscibile solo in caso

Siffatta forma di danno dinamico-relazionale che racchiude, in sintesi, qualsiasi alterazione della vita quotidiana di cui si sia data prova, è stato ritenuto infatti risarcibile anche in assenza di un danno biologico ad esso associato, in quanto sebbene non corrispondente ad un valore *inviolabile* (quale è quello alla salute), è comunque espressione della compressione «*oltre quella soglia di tollerabilità indotta da elementari principi di civile convivenza*» di un interesse *fondamentale* anche esso costituzionalmente tutelato ⁽³⁵⁴⁾. Peraltro, la riammissione dell'autonoma risarcibilità di siffatta forma di danno-disagio apre scenari

di lesione grave dei diritti inviolabili della persona. In questo senso si citano, tra le tante Cass. 20 novembre 2012 n. 20292; Cass. 12 febbraio 2013 n. 3290; Cass. 24 maggio 2013 n. 12985. Ciò non significa che il danno esistenziale non esista, bensì che grava sul giudice l'onere di verificarne la sussistenza e l'entità, come afferma Cass. civ. 17 aprile 2013 n. 9231, in *Dir. e giust.* 2013, 521 ss., con nota di R. SAVOIA, *Ai danneggiati spetta un risarcimento personalizzato e comprensivo di tutti i pregiudizi subiti. Un'altra (l'ennesima) tirata d'orecchi della Cassazione ai giudici di merito di manica eccessivamente stretta*, ai fini dell'integralità del risarcimento, punto su cui fa chiarezza P. ZIVIZ, *Danno esistenziale: nuova tappa di un lungo cammino*, in *Resp. civ. e prev.* 2013, 1, 116 ss. La stessa Cassazione, tuttavia, cede il passo ad un minore rigore quando, nella sentenza 25 febbraio 2009, n. 4493 ammette che «*nel giudizio di equità del giudice di pace, venendo in rilievo l'equità ed. formativa o sostitutiva della norma di diritto sostanziale, non opera la limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale ai soli casi determinati dalla legge, fissata dall'art. 2059 ce, sia pure nell'interpretazione costituzionalmente corretta di tale disposizione. Ne consegue che il giudice di pace, nell'ambito del solo giudizio d'equità, può disporre il risarcimento del danno non patrimoniale anche fuori dei casi determinati dalla legge e di quelli attinenti alla lesione dei valori della persona umana costituzionalmente protetti, sempre che il danneggiato abbia allegato e provato (anche attraverso presunzioni) il pregiudizio subito, essendo da escludere che il danno non patrimoniale rappresenti una conseguenza automatica dell'illecito*». Attualmente, dopo una lunga ininterrotta catena di pronunce di legittimità in cui il danno esistenziale è stato considerato una mera voce descrittiva di una componente del danno non patrimoniale, Cass. 3 ottobre 2013 n. 22585 sembra aver reintrodotta l'autonoma risarcibilità del danno esistenziale, argomentando sulla base dell'art. 612bis c.p., nel quale «*sembrano efficacemente scolpiti [...] i due autentici elementi essenziali della sofferenza dell'individuo: il dolore interiore e la significativa alterazione della vita quotidiana*», entrambi suscettibili di danni autonomamente risarcibili, «*ma se, e solo se, rigorosamente provati caso per caso, al di là delle sommarie ed imprevedibili generalizzazioni*».

⁽³⁵⁴⁾ Cass. n. 22585/2013 cit.

inimmaginabili vista la frequente verifica in casi quali il ritardo, il negato imbarco e la cancellazione della partenza ⁽³⁵⁵⁾.

Ci si domanda, poi, quanto possa espandersi nello spazio e nel tempo l'assistenza al passeggero di un volo ritardato. Dire, infatti, che la compensazione pecuniaria per il ritardo all'arrivo ha la funzione di fornire al passeggero uno strumento per ovviare ai disagi che deve affrontare nel momento in cui giunge a destinazione dopo l'orario originariamente previsto, significa allungare l'assistenza oltre la durata del contratto, o meglio, oltre l'adempimento dell'obbligazione di trasferimento.

Come conseguenza di questo fenomeno si dovrebbe mettere ancora una volta in discussione sia il contenuto degli obblighi di protezione, sia il necessario collegamento con l'obbligazione caratterizzante il rapporto negoziale. In questo è sicuramente d'aiuto la configurazione autonoma dell'obbligazione di protezione.

È, infatti, vero che l'obbligazione di protezione è autonoma rispetto a quella di trasferimento, ma è altresì vero che le due prestazioni sono legate da un nesso che nel corso del presente lavoro è stato definito di legale collateralità, il quale sembra affievolirsi qualora si affermi che, a prestazione di trasferimento adempiuta, il vettore debba ancora proteggere il passeggero che sia oramai, per così dire, tornato nella sua dimensione naturale.

⁽³⁵⁵⁾ Come fa notare G. DI GIANDOMENICO, *cit.*, 3, 4.

Ricondurre anche la compensazione ad una dimensione assistenziale, peraltro, sebbene in linea con il carattere protettivo del reg. (CE) n. 261/2004 e con i futuri previsti sviluppi della materia ⁽³⁵⁶⁾, lascerebbe aperto il problema dell'interpretazione dell'art. 12 dello stesso che fa menzione di un *«risarcimento concesso ai sensi del presente regolamento»* e che altro non può essere se non la compensazione pecuniaria.

Il sistema potrebbe tuttavia essere ricondotto all'ordine se si inquadrassero i rimedi strettamente assistenziali (cibo, bevande, alloggio, etc.) nell'ambito dell'adempimento in natura di un obbligo di fare e se la compensazione pecuniaria venisse ricondotta al genere delle obbligazioni indennità.

L'obbligazione di indennità, che, secondo Rescigno, è da preferire *«quando la responsabilità patrimoniale discende da un atto lecito (ma la mera preferibilità evidentemente non esclude la sua praticabilità anche in caso di illecito, n.d.r.), non in ogni caso differisce dal risarcimento del danno quanto alla misura della riparazione, comprensiva delle perdite*

⁽³⁵⁶⁾ Si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio COM(2011) 898 definitivo, la quale all'art. 7, rubricato *«Diritto a una compensazione»*, stabilisce che *«a determinate condizioni, il diritto ad una compensazione obiettiva e standardizzata in caso di forte ritardo all'arrivo fa parte degli standard minimi fondamentali di qualità per tutti i modi»*.

Tale compensazione mira a mitigare il disagio sopportato da tutti i passeggeri, anche garantendo ai passeggeri un aiuto minimo all'arrivo per consentire loro di affrontare il disagio immediato causato dal forte ritardo non previsto, in modo analogo all'assistenza cui hanno diritto in caso di ritardo alla partenza.

sofferte e dei guadagni mancati»⁽³⁵⁷⁾. Peraltro, «*Quando la norma parla di danno e indennità [...] non vi è alcuna deviazione da quei principi ma nemmeno sostanziale deroga quando una limitazione quantitativa è prevista, d'indole oggettiva o soggettiva*»⁽³⁵⁸⁾. In altre parole, in sostanza tra indennità e risarcimento del danno non vi è differenza di contenuto, bensì di collocazione logico-temporale: mentre il risarcimento postula la verifica dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo e si pone, necessariamente, in successione rispetto a tale fase, l'indennità ne prescinde e l'obbligo della sua corresponsione è stabilito dalla legge a priori in virtù del solo nesso di causalità (giustamente spezzato dalle circostanze eccezionali), secondo un ammontare definito o da determinare in maniera adeguata.

Tutto questo discorso sull'obbligazione di indennità rileva particolarmente in tema di obbligazioni di fare. Esse, come è noto, hanno il carattere dell'incoercibilità da cui deriva, in caso di inadempimento, la prevalenza del rimedio risarcitorio rispetto all'adempimento in natura. Secondo Rescigno questa caratteristica attribuirebbe alle obbligazioni di fare la caratteristica di obbligazioni di indennità fin dal momento della loro nascita, con ciò comportando il superamento del primo comma

⁽³⁵⁷⁾ P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., 157. L'indennizzo, o indennità, è tradizionalmente considerato una forma di risarcimento, seppure attenuato, che si inserisce, come tale, nel contesto della responsabilità, come ricorda correttamente A. ZAMPONE, *Il doppio livello di responsabilità per morte o lesioni del passeggero*, in *Dir. trasp.* 2012, 621, 625.

⁽³⁵⁸⁾ P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit. 157 ss.

dell'art. 1218 c.c. che punta al corretto adempimento ed approdando direttamente all'obbligo risarcitorio (³⁵⁹). Trasferendo il discorso sul piano della compensazione pecuniaria, potrebbe ipotizzarsi che essa sia la traduzione pecuniaria – di vocazione risarcitoria – di obblighi di fare imprevedibili ed indeterminabili a priori di natura assistenziale, assumendo in tal modo una natura quasi ibrida, o meglio, di collegamento tra l'originario intento di protezione materiale post-trasporto e, data l'estrema difficoltà di attuazione, la sua diretta traduzione monetaria in una sorta di *fictio* risarcitoria.

9. *Brevi (necessarie) considerazioni di chiusura in materia di trasporto amichevole.*

Fino a questo momento il presente lavoro ha avuto ad oggetto il fenomeno protettivo nella forma “naturale” del contratto di trasporto, ossia quella effettuata a fronte di un corrispettivo, monetario o meno. Ai fini della configurazione contrattuale, infatti, al trasporto a titolo oneroso è equiparato quello c.d. gratuito, ossia effettuato in mancanza di un corrispettivo in denaro, bensì a fronte di un'utilità differente (si pensi ai biglietti gratuiti emessi dal vettore a fronte di una campagna di

(³⁵⁹) P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., 194.

fidelizzazione), ma pur sempre rispondente ad un incentivo utilitaristico. In tal caso, l'indiscutibile presenza di una controprestazione economicamente valutabile a favore del vettore, fa sì che la forma gratuita e quella onerosa di trasporto siano perfettamente allineabili ⁽³⁶⁰⁾.

In questa comunanza sostanziale di causa non si inserisce il trasporto c.d. amichevole o di cortesia. La distinzione tradizionale tra trasporto a titolo oneroso e trasporto gratuito rispetto a quello amichevole o di cortesia vuole che solo i primi due abbiano un assetto contrattuale ed una responsabilità della conseguente medesima natura, mentre al terzo debba conseguire una responsabilità analoga a quella extracontrattuale in caso di lesione del passeggero; ciò deriva dall'art. 414 c. nav. ⁽³⁶¹⁾, dal riferimento esclusivo al trasporto a titolo oneroso o gratuito fatto dall'art.

⁽³⁶⁰⁾ Così S. BUSTI, *Contratto*, cit., 231.

⁽³⁶¹⁾ Art. 414 c. nav. Responsabilità del vettore nel trasporto amichevole: «Chi assume il trasporto di persone o di bagagli a titolo amichevole è responsabile solo quando il danneggiato provi che il danno dipende da dolo o colpa grave del vettore o dei suoi dipendenti e preposti». In materia di trasporto gratuito, invece, l'art. 413 c. nav. dispone che: «Le disposizioni degli articoli precedenti che regolano la responsabilità del vettore e i limiti del risarcimento da questo dovuto si applicano anche al contratto di trasporto gratuito». Sulle prestazioni di cortesia in generale si veda G. GHEZZI, *Cortesia* (prestazioni di) in *Enc. dir.* 1962/X, 1048 ss. Un'attenta ricostruzione del percorso dottrinale e giurisprudenziale della figura del trasporto amichevole è fatta da L. MASALA, *Trasporto gratuito e trasporto amichevole: l'interesse alla compagnia quale elemento discriminante*, in *Dir. trasp.* 1991/II, 121 ss. L'applicazione dell'art. 414 c. nav. è, peraltro, esclusa per la nautica da diporto, ove la responsabilità civile per danni ai terzi derivanti dalla navigazione è regolata dall'art. 2054 c.c., come disposto dall'art. 40 d. lg. 8 luglio 2005, n. 171 c. dip. (Codice della nautica da diporto). Nel trasporto aereo la forma gratuita non è regolata; si ritiene, pertanto, applicabile per analogia l'art. 414 c. nav., con l'esclusione degli aeromobili da diporto, a cui potrebbe applicarsi l'art. 40 c. dip. Cfr. A. LEFEBVRE D'OVIDIO – G. PESCATORE – L. TULLIO, *Manuale*, cit., 491.

1681 c.c.⁽³⁶²⁾ e dalla inapplicabilità della CM e della PAL ⁽³⁶³⁾, nonché dei regolamenti più volte citati in questa sede ⁽³⁶⁴⁾. La giustificazione intima della scelta positiva, tuttavia, è da rinvenirsi, alla forma solidaristica di trasporto amichevole, sostanziantesi nell'assenza di un interesse giuridicamente rilevante da parte del vettore, il quale effettua il trasferimento sulla base di relazioni, anche solo occasionali, di cortesia

⁽³⁶²⁾ Il codice civile non menziona il trasporto amichevole. Tuttavia, «*nella relazione del guardasigilli al codice civile (n. 708) si esprimeva l'opinione che nel trasporto eseguito a titolo di mera amicizia o cortesia, la condotta dell'autore del danno dovesse essere valutata "in applicazione del principio cui si è ispirato l'art. 414 del codice della navigazione", che limita la responsabilità al dolo ed alla colpa grave del vettore*», come è ricordato in Cass. 26 ottobre 1998 n. 10629, per cui anche nel trasporto in generale deve ritenersi sussistente la distinzione tra la forma gratuita e quella amichevole. Ad ogni modo, è da escludere la possibilità che al trasporto amichevole terrestre possa applicarsi l'art. 414 c. nav., stante la natura eccezionale di quest'ultima norma. Sul punto di veda A. FLAMINI, *Il trasporto amichevole*, Napoli, 1977, 49, 114 ss., secondo il quale è possibile ipotizzare un'applicazione analogica dell'art. 414 c. nav. al trasporto amichevole terrestre in quanto il primo, pur essendo speciale, è altresì eccezionale rispetto all'art. 2043 c.c., poiché detta una responsabilità attenuata (per colpa grave) per un'ipotesi di condotta solidale. Attualmente, la tesi maggioritaria in dottrina e in giurisprudenza, soprattutto alla luce della sentenza Cass. 5 luglio 1989 n. 3223 (in *Dir. trasp.* 1991/II, 219 ss.), è quella che vede l'art. 2054 c.c. destinato a disciplinare i danni da trasporto amichevole, anche nei confronti del passeggero. L'art. 2043 c.c. resta confinato al volo da diporto e sportivo. Cfr. A. ANTONINI, *cit.*, 95 ss.; M. RIGUZZI, *Il contratto di trasporto*, Torino, 2006, 66

⁽³⁶³⁾ Nella PAL l'esclusione del trasporto amichevole si evince dal riferimento esclusivo e plurimo al contratto di trasporto. Il passeggero trasportato con il consenso del vettore affinché accompagni un veicolo o animali vivi oggetto di un contratto di trasporto (art. 1, n. 4), è da ritenersi gratuito ma non amichevole perché basato comunque su un rapporto di convenienza economica e non su intenti solidaristici, posto che il trasporto del mezzo o dell'animale comprendono in tal caso anche il trasferimento funzionale dell'accompagnatore. Per un elenco di ipotesi analoghe si veda G. MASTRANDREA, *L'obbligo*, *cit.*, 270.

⁽³⁶⁴⁾ Nel reg. (CE) n. 261/2004, il riferimento al vettore in senso professionale ed la necessità che l'applicazione dello stesso sia condizionata a formalità quali la prenotazione portano ad escludere l'applicabilità al trasporto di tipo amichevole; anche nel reg. (UE) n. 1177/2010 la terminologia è esclusiva del contratto oneroso di trasporto (ci si riferisce a parole quali: biglietto, servizio di trasporto o crociera, consumatore, e via dicendo).

(³⁶⁵) e quindi senza che alla base vi sia alcuno scambio o elemento egoistico.

Orbene, ciò detto, la domanda che ci si pone è la seguente: se la gratuità della prestazione non è di per sé determinante nell'attenuazione della responsabilità del vettore, posto che il trasporto gratuito è considerato equiparabile a quello a titolo oneroso (³⁶⁶), quale è la ragione che spinge ad alleviare la protezione nel trasporto di cortesia?

Se il fenomeno protettivo nel contratto di trasporto trova la sua ragion d'essere nel dovere di solidarietà che transita sotto forma di vera e propria obbligazione nel rapporto attraverso la previsione legale, *quid iuris* in caso di trasporto amichevole che è espressione proprio di quel principio di solidarietà che fonda la protezione?

(³⁶⁵) Cfr. A. ANTONINI, *Il trasporto amichevole: lineamenti generali ed inadeguatezza della disciplina del codice della navigazione*, in *Dir. trasp.* 2004, 91, 92; A. LEFEBVRE D'OVIDIO – G. PESCATORE – L. TULLIO, *Manuale*, cit., 490. S. BUSTI, *Contratto*, cit., 239, fa tuttavia notare come, qualora si ravvisasse un negozio nel trasporto a titolo di cortesia, lo scopo solidaristico atterrebbe ai soli motivi, mentre la causa del rapporto sarebbe pur sempre il trasferimento verso la corresponsione di un'utilità, in denaro o meno, con la conseguente incomprendibilità della differente disciplina. Per questo, ma non solo, l'Autore finisce con il sostenere l'assenza del vincolo negoziale e la natura extracontrattuale della responsabilità del vettore di cortesia (249 ss.), ciò comportando l'impossibilità di poter presumere la portata contrattuale o meno del trasporto da elementi quali la veste professionale del vettore; viceversa, l'elemento negoziale deve essere oggetto di verifica attenta caso per caso (254).

(³⁶⁶) Cfr. M. COMPORI, *Il nuovo caso della giurisprudenza francese sulla responsabilità nel trasporto di cortesia: un esempio da imitare*, in *Foro it.* 1978, V, 182, 195, il quale si manifesta molto critico nei confronti dell'impostazione tradizionale che aggrava la posizione del passeggero a titolo di cortesia. Dal canto suo, G. MASTRANDREA, *L'obbligo*, cit., 269, compie anch'egli la precisazione in tema di irrilevanza della gratuità della prestazione di trasporto, precisando che nelle due forme - gratuito e oneroso - di trasporto, la tutela del passeggero da parte dellettore deve considerarsi assolutamente identica. Ciò, del resto, è in linea con la gratuità della prestazione protettiva.

Sul tema tanto si è discusso e molto si è detto (³⁶⁷), sia a favore della necessità di equiparare il trasporto amichevole a quello gratuito, sia contro una simile possibilità, sia per rilevare l'eterogeneità del sistema e l'ingiustizia di un trattamento differenziato tra il trasporto amichevole terrestre e quello marittimo (³⁶⁸).

Per fare chiarezza sul punto si deve preliminarmente concordare sul fatto che il carattere amichevole esclude la giuridicità e, quindi, la vincolatività dell'impegno (³⁶⁹); la mancanza dell'obbligazione di trasferimento, pertanto, porta con sé l'assenza della collaterale obbligazione di protezione. Ciò non significa, tuttavia, che colui che effettua il trasporto di cortesia non sia interessato da un impegno protettivo, giusto il particolare rapporto che, in tal modo, si instaura con il soggetto trasportato. Così il vettore di cortesia potrà in qualsiasi momento decidere di interrompere la propria attività solidaristica, senza per ciò incorrere in alcuna responsabilità se non quella relativa al pregiudizio che il passeggero non avrebbe subito se il trasporto non fosse mai iniziato (³⁷⁰), ma durante lo svolgimento della stessa o in caso di sua interruzione, potrà essere chiamato a rispondere delle lesioni

(³⁶⁷) Per un'efficace sintesi delle diverse posizioni assunte dalla dottrina in merito si veda G. MASTRANDREA, *L'obbligo*, cit., 272 ss., ivi comprese le annotazioni bibliografiche in esso riportate.

(³⁶⁸) Cfr. A. ANTONINI, *Il trasporto amichevole*, cit., 96, 07.

(³⁶⁹) Cfr. S. CICCARELLO, *Dovere*, cit., 209.

(³⁷⁰) Cfr. A. ANTONINI, *Il trasporto amichevole*, cit., 94.

eventualmente cagionate al passeggero. È tuttavia evidente che in questo caso le due parti, vettore e passeggero, «sono un po' più che estranee e un po' meno che legate da un formale vincolo negoziale» ⁽³⁷¹⁾ e potrebbero perciò essere interessate da quella nuova forma ibrida di responsabilità da contatto sociale che è la massima espressione della crescente contaminazione tra le due tradizionali sfere di responsabilità: quella contrattuale e quella extracontrattuale ⁽³⁷²⁾. Seguendo questa strada, anche il vettore di cortesia assumerebbe un vincolo disciplinabile alla stregua di un contratto. Tuttavia, ciò che osta ad una simile conclusione è che manca nel caso in questione quella considerazione della relazione sociale tra vettore e passeggero da parte dell'ordinamento idonea a far sorgere una serie di doveri comportamentali tali da giustificare la prospettiva contrattuale della relativa responsabilità. In altre parole, nella responsabilità da contatto sociale il vincolo protettivo non deriva dalla volontà delle parti, né da una previsione espressa, bensì dall'esistenza di un rapporto speciale tra le parti interessate ritenuto rilevante a tal fine dall'ordinamento per la importanza sociale dello stesso, attraverso un fenomeno che sembra quasi residuale e generalizzante rispetto alle figure di cui agli artt. 2047 ss. c.c.; non a

⁽³⁷¹⁾ Così G. CHINÈ – A. ZOPPINI, *Manuale*, cit., 2090.

⁽³⁷²⁾ Sulla responsabilità da contatto sociale si veda S. ROSSI, *Contatto sociale*, cit., 346 ss.

caso, si parla di contatto sociale *qualificato* ⁽³⁷³⁾, con ciò intendendo un rapporto con un soggetto esercente funzioni «*non riconducibili alle comuni attività svolte dai soggetti dell'ordinamento*», in considerazione della disciplina dettata dall'ordinamento e del singolo contatto giuridico oggettivamente considerato, da cui derivano «*aspettative e affidamenti [...] protetti dall'ordinamento*», pur rimanendo distinto dal contatto giuridico ⁽³⁷⁴⁾. Alla luce di queste considerazioni, data l'assenza di rilevanza sociale e, dunque, l'anonimia del trasporto amichevole appare errato ipotizzare al riguardo la sussistenza di una responsabilità da contatto sociale qualificato.

Per questa via peraltro, si esclude anche la configurabilità di un'obbligazione di protezione senza obbligo primario di prestazione, la quale, per l'appunto, fonda la responsabilità contrattuale in assenza di contratto proprio sul contatto sociale ⁽³⁷⁵⁾ tra passeggero e vettore di cortesia ⁽³⁷⁶⁾.

Un'altra possibilità per ottenere che un'obbligazione di protezione sussista che nel trasporto amichevole è data dall'applicabilità dell'art.

⁽³⁷³⁾ I casi più emblematici sono, infatti, ricondotti alle attività di istruzione o medico-sanitarie o, ancora, di mediazione.

⁽³⁷⁴⁾ Così Cons. St. 6 agosto 2001 n. 200104239 con riferimento al contatto sociale qualificato derivante dall'attività provvedimentale della pubblica amministrazione.

⁽³⁷⁵⁾ Così S. ROSSI, *cit.*, 351.

⁽³⁷⁶⁾ Per tale tesi si richiama C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, *cit.*, 573 ss.

2054 c.c. ed è quella che la giurisprudenza di legittimità più recente ha voluto percorrere ⁽³⁷⁷⁾, superando il precedente orientamento che riteneva la norma in questione applicabile solo nei confronti dei terzi, escludendo dal loro ambito i soggetti trasportati. La norma in questione stabilisce al primo comma che *«Il conducente di un veicolo senza guida di rotaie è obbligato a risarcire il danno prodotto a persone o a cose dalla circolazione del veicolo, se non prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno»*. Tuttavia, se una simile impostazione risolve i problemi in tema di trasporto terrestre, aprendo la via della responsabilità quantomeno presunta del vettore, resta la peculiare previsione dell'art. 414 c. nav.

La strada per evitare il profondo discrimine che sussiste tra il passeggero che beneficia di un gesto di cortesia e quello che ottiene il trasporto a fronte di uno scambio al fine di garantire in entrambi i casi un'elevata operatività della protezione è stata ravvisata quindi nell'interpretazione evolutiva dell'art. 414 c. nav., o meglio, del concetto di onerosità e cortesia, attraverso l'attualizzazione del significato di

⁽³⁷⁷⁾ Cfr. Cass. 26 ottobre 1998 n. 10629, secondo la quale posto che *«l'art. 2054, comma 1, c.c. non fa, invero, alcuna distinzione tra chi, rispetto alla circolazione del veicolo, sia terzo e chi vi partecipi [...] l'art. 2054, c.c. esprime, in ciascuno dei commi che lo compongono, principi di carattere generale, applicabili a tutti i soggetti che da tale circolazione, comunque, ricevano danni, e quindi anche ai trasportati, quale che sia il titolo del trasporto, di cortesia ovvero contrattuale (oneroso o gratuito)»*. La Corte utilizza, peraltro, un argomento forte di coerenza sistematica, quando afferma che *«non è, d'altro canto, fondatamente sostenibile che le inversioni dell'onere probatorio a favore del danneggiato poste dagli artt. 2050 (responsabilità per l'esercizio di attività pericolose), 2051 (danno cagionato da cose in custodia), 2052 (danno cagionato da animali) e 2053 (rovina di edificio) del codice civile non trovino applicazione allorché la vittima sia - come il trasportato di cortesia - ospite del presunto responsabile e gli debba per questo gratitudine»*.

interesse giuridicamente rilevante. Se, infatti, si è arrivati a considerare tale anche la mera compagnia del passeggero, qualsiasi interesse provato dal vettore che si erga a condizione dell'assunzione dell'obbligo di trasportare può divenire giuridicamente rilevante come "moneta di scambio" per il passaggio ⁽³⁷⁸⁾. Tuttavia, la stessa giurisprudenza di legittimità che aveva mosso i propri passi in tale direzione è sugli stessi ritornata qualche tempo dopo, ricordando che il discrimine tra trasporto oneroso e gratuito e trasporto amichevole è la presenza o meno di un contratto e non la mera sussistenza di un interesse, il quale, peraltro, sussiste sempre e comunque sebbene più o meno valutabile economicamente. Diversamente si attribuisce rilevanza al solo carattere dell'interesse ⁽³⁷⁹⁾.

Tutto questo conduce ad una sola conclusione: la fonte legale dell'obbligazione di protezione nel trasporto deve trovare conferma proprio alla luce del trasporto amichevole ove si ha altresì l'evidenza dell'autonomia tra trasferimento e protezione. In altre parole, l'impegno a trasportare qualcuno fa assumere la qualità di vettore ma non è la qualità di vettore che fa nascere l'obbligazione di protezione. Ciò da cui quest'ultima deriva è la volontà del dato positivo previa valutazione degli interessi in gioco e considerazione dell'opportunità che il criterio solidaristico prevalga su quello di convenienza economica allorquando la

⁽³⁷⁸⁾ Cfr. G. MASTRANDREA, *L'obbligo*, cit., 281.

⁽³⁷⁹⁾ Cfr. G. MASTRANDREA, *cit.*, 282.

legge che governa il fenomeno è quella dei grandi numeri. In ciò trova
ultima conferma il fatto che la sicurezza e la protezione non involgono
tanto i temi della responsabilità, quanto quelli della migliore allocazione
delle risorse.

Conclusioni.

Le considerazioni da ultimo svolte consentono di affermare che attualmente ci si trova davanti ad un'inoltrata fase di socializzazione delle conseguenze potenzialmente pregiudizievoli – quasi delle esternalità - di attività che, sebbene profittevoli, garantiscono la piena realizzazione di istanze fondamentali; in questo modo si sta compiendo un passo ulteriore rispetto a quel processo di “depatrimonializzazione” del diritto che ha preso avvio con l’emanazione della Costituzione e «*che ha determinato un mutamento di prospettiva nella interpretazione delle norme relativi ai rapporti interprivati*», facendo sì che la realizzazione dell’interesse patrimoniale sia solo «*strumentale alla realizzazione delle esigenze personali del soggetto*» ⁽³⁸⁰⁾.

In questo processo un ruolo di primo piano hanno svolto - e continueranno a svolgere – gli obblighi di protezione, i quali sono efficace veicolo delle istanze solidaristiche all’interno di un terreno tipicamente dominato dalla volontà pattizia. In altre parole, se l’ambito extracontrattuale è, per così dire, considerato normalmente “aperto” a divieti generali imposti dall’alto, non è così per il settore negoziale, nel quale l’ingerenza dall’esterno è tradizionalmente vista come un’eccezione per un codice che, come il nostro, si ispira a scelte liberali.

⁽³⁸⁰⁾ D. CASTROVINCI, *Il problema dell'inesigibilità della prestazione*, in *Giust. civ.* 1988/II, 346, 355.

Ciò detto, dal punto di vista più strettamente civilistico, chi scrive ritiene di aver fatto sufficiente chiarezza in merito alla sussistenza di una duplice fenomenologia riconducibile agli obblighi di protezione generalmente intesi: da un lato vi sono correttezza e buona fede, clausole generali che fanno sorgere una serie di obblighi autonomi, ma accessori, finalizzati a preservare i beni e la persona di una delle parti negoziali da comportamenti scorretti della controparte prima della stipulazione o durante l'esecuzione del contratto; dall'altro lato vi è invece l'obbligazione di protezione che si sostanzia in una serie di veri e propri adempimenti di sicurezza che vanno oltre i meri accorgimenti solidaristici e comportano un notevole sacrificio alla parte su cui gravano. Peraltro, le prime vivono in stretta connessione con l'adempimento dell'obbligazione a cui si riferiscono, compresa quella di protezione e sono capaci, se disattese, di causare un inesatto adempimento stessa; la stessa buona fede inoltre, che in prima battuta esplicita il contenuto del vincolo con riferimento alle prestazioni dedotte in contratto orientandolo in senso solidaristico, in seconda battuta fornisce al giudice un criterio valutativo dell'esattezza dell'adempimento. L'obbligazione di protezione, invece, ha fonte legale e deriva, al di là delle eventuali previsioni di settore, dal combinato disposto degli artt. 2 e 41 Cost. e 1173 c.c. ogniqualvolta la prestazione caratterizzante coinvolga la persona o i beni della controparte in modo necessario e non solo occasionale in virtù del materiale affidamento del primo al secondo.

Ciò che risulta evidente quindi, è che in materia di protezione da un lato vi è l'art. 2043 c.c. che disegna l'illecito extracontrattuale con riferimento al generico dovere di protezione che deriva dal precetto del *neminem laedere* e dall'altro esiste un sistema costituito dagli artt. 1218, 1175, 1375, 1176 c.c. applicabili tutti anche alle carenze protettive che sostanzino un inadempimento dell'obbligazione legale di protezione che grava sulla parte del vincolo negoziale che, a fronte del diminuito potere di autocontrollo della controparte sulla propria integrità fisica causato dall'adempimento, veda incrementare il proprio corrispondente potere di controllo e, quindi, di protezione.

Per tale via, si noti, si ottiene l'interessante risultato di superare la diffusa difficoltà, attribuita proprio all'esistenza di previsioni specifiche di protezione, ad ammettere l'esistenza di un principio generale alla luce del quale la nascita dell'obbligazione collaterale di protezione possa trovare generalizzata applicazione ⁽³⁸¹⁾.

Chi scrive si pone pertanto sostanzialmente in linea con le teorizzazioni più recenti riguardanti il fenomeno protettivo negoziale, le quali trovano sempre maggiori consensi tra i giuristi del settore del diritto della navigazione, ma ancora timidi approcci da parte del civilista, ivi

⁽³⁸¹⁾ Bisogna tuttavia aggiungere al riguardo, che il nostro codice civile si caratterizza proprio per la scelta sistematica di evitare una parte generale, anche se il legislatore è spesso caduto nella tentazione di far ricorso agli strumenti tipici di questa pur sotto l'apparenza di norme dettate in relazione ad istituti particolari. Cfr. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, 92.

compresa la giurisprudenza di legittimità, ancora in parte propensa ad attribuire forza integrativa quasi onnipotente alla buona fede.

La buona fede invece (e con essa la correttezza), è solo una clausola generale che detta una regola di condotta a cui le parti devono attenersi e che fornisce al giudice *«notevoli margini di azione per adeguare le pattuizioni contrattuali in modo da individuare in concreto i comportamenti esigibili in base ai canoni di lealtà e salvaguardia»* ⁽³⁸²⁾. Ciò significa che la visione attualmente prevalente delle due clausole realizzatrici della solidarietà è quella valutativa (già nota, peraltro, alla dottrina di Natoli, sebbene in una diversa prospettiva); pertanto, esse incidono sì sul contenuto del rapporto, ma solo da un punto di vista interno alle parti definendone la qualità del comportamento e limitandone l'autonomia privata, ma non tanto per *«contrapporre la logica dei contraenti rispetto a quella della collettività, quanto per scegliere, tra più soluzioni possibili, quella socialmente più desiderabile»* ⁽³⁸³⁾.

Ciò è ben diverso dall'affermare che in virtù della buona fede esiste, a priori, un dovere comportamentale definito nel contenuto e nel destinatario.

⁽³⁸²⁾ C. Cass., Rel. 116, cit.

⁽³⁸³⁾ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 184. In questo contesto il giudice dispone del potere di adeguare il contenuto contrattuale in una fase antecedente o, comunque, contemporanea all'esecuzione del contratto e non esclusivamente di valutare il comportamento delle parti in una fase successiva all'adempimento come invece sosteneva Natoli. Cfr. Rel. 116, cit. In tal senso si veda Cass. 9 marzo 1991 n. 2503; Cass. 20 aprile 1994 n. 3775, annotata da V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corr. giur.* 1994, 572 ss.

Peraltro, anche ipotizzando la possibilità di una predeterminazione o, quantomeno, tipizzazione del contenuto della clausola di buona fede, coloro che si sono cimentati in tale opera con riferimento alla salvaguardia non hanno individuato alcuno specifico obbligo di protezione nel senso in cui essi sono stati fin qui considerati, ma solo comportamenti – di contenuto positivo e negativo – finalizzati a tutelare l'utilità della controparte, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio (³⁸⁴)

Si continuerà comunque e giustamente a parlare di poteri del giudice in funzione integrativa dell'autonomia contrattuale, ma in un'ottica che rimane quella dell'adempimento dell'obbligazione - principale e protettiva - e secondo un meccanismo che non sembra potersi spingere tanto avanti da far nascere vere e proprie obbligazioni ulteriori a carico delle parti, ma solo obblighi di completamento dirimenti

(³⁸⁴) Si legge nella Rel. 116 cit.: «*Richiedendo comportamenti diversi in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto, l'obbligo di buona fede non si presta ad essere predeterminato nel suo contenuto. La dottrina, sulla base anche dell'elaborazione giurisprudenziale, ne ha comunque tentato una qualche tipizzazione. In particolare è stato affermato¹⁷ che il canone di lealtà si concretizza in tre principali comportamenti negativi: il non suscitare intenzionalmente falsi affidamenti, il non speculare su siffatti affidamenti e il non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte. Inoltre, in relazione all'obbligo di salvaguardia, sono stati individuati¹⁸ come comportamenti tipici di buona fede: a) l'esecuzione di prestazioni non previste in contratto ma necessarie o utili per salvaguardare l'utilità della controparte, purché non comportino un apprezzabile sacrificio b) le modifiche al proprio comportamento, se necessarie a salvaguardare l'utilità della controparte, sempreché non determinino un sacrificio apprezzabile; c) la tolleranza delle modifiche della prestazione di controparte, se ciò non pregiudica apprezzabilmente il proprio interesse; d) il dovere di avviso e di informazione di tutte le circostanze rilevanti per l'esecuzione del contratto e, in particolare, di quelle la cui conoscenza permette alla controparte di evitare un aggravio di spese o di effettuare una prestazione errata; e) il corretto esercizio dei poteri discrezionali, il che assume particolare rilevanza in materia di promozioni e di poteri disciplinari e risulta strettamente connesso al tema dell'abuso di diritto».*

l'adempimento nella direzione dell'esattezza e fuori dai pericoli dell'abuso del diritto.

La considerazione del fenomeno protettivo nell'ambito della mera auto-integrazione del contratto – peraltro rimessa al potere successivo del giudice – è quindi oramai anacronistica sia perché asistemica, sia perché postula una netta separazione tra la sfera pubblica, con la legge autointegrata dall'analogia e dalle clausole generali, e quella privata, in cui la volontà regna sovrana, distinzione tipica del liberismo che ha caratterizzato lo sviluppo economico industriale post-bellico ma recessiva oggi. Viviamo, infatti, un'epoca nella quale l'intervento pubblico è sempre più incisivo nei rapporti tra privati ed in cui in questi ultimi la realtà voluta cede il passo a quella imposta dalle predeterminazioni (come accade nei contratti per adesione), o dalla realtà fattuale (si pensi ai contratti “di fatto” o alla responsabilità “da contatto”) ⁽³⁸⁵⁾.

Fornita in tal guisa una risposta alle domande che in sede introduttiva ci si poneva, l'analisi del fenomeno protettivo si è però rivelata altresì una sede privilegiata per mettere in luce problematiche di più ampio respiro e legate all'evoluzione della società e del diritto. In

⁽³⁸⁵⁾ Si noti che questi rilievi non sono più, ormai, solo appannaggio di fumose elaborazioni dottrinali, ma emergono come presa di coscienza netta e indubbia anche dalla giurisprudenza. Si veda in tal senso Cass. 10 settembre 2010, Rel. n. 116, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: Il ruolo del giudice nel governo del contratto*, la quale, peraltro, mette in luce come questo complesso fenomeno di composizione del contenuto contrattuale non sia necessariamente dovuto alla lacunosità del relativo regolamento.

particolare, nel corso dello studio della materia è emerso come il diritto dei contratti sia sempre meno scienza “nazionale e pura”.

Sul primo aspetto non c'è molto da aggiungere all'evidenza, soprattutto al termine del presente lavoro, nel quale si è potuto apprezzare uno dei massimi esempi di erosione del potere legislativo nazionale a favore di quello sovranazionale, in particolare di natura europea.

Quanto al secondo carattere, la scienza del diritto dei contratti è sempre meno pura perché - forse proprio o anche per via della crescente internazionalizzazione – risulta esposta all'infiltrazione di forti spinte economiche e politiche nella sua genesi, interpretazione e applicazione, il che impone una sempre maggiore apertura del giurista verso le confinanti scienze da cui tali elementi derivano.

A tal proposito, sia consentito a chi scrive citare ancora una volta Trimarchi, il quale faceva notare che nel sistema contrattuale, a differenza di quello extracontrattuale, il criterio economico può benissimo sostituire, di regola, altri criteri, divenendo il canone unico e incontrastato di valutazione; tenendo infatti conto del fatto che l'imprenditore è indotto ad adottare nuove misure di protezione ogniqualvolta il loro costo è inferiore alla riduzione della spesa derivante dall'eventuale responsabilità contrattuale, quest'ultima *«deve dunque essere regolata tenendo presente l'opportunità di spingere creditore e*

debitore ad adottare una combinazione di misure di diligenza che sia ottima dal punto di vista dell'economia generale» ⁽³⁸⁶⁾.

La conferenza delle parole di Trimarchi sta nel fatto che dal momento in cui l'elemento economico domina la scena legandosi alle istanze solidaristiche, il diritto civile deve prendere consapevolezza del fatto che tutto diviene molto più empirico e monetizzabile e così stando le cose, molto è destinato a cambiare. In particolare, il momento, la direzione ed il contenuto della risposta ad eventi lesivi sono portati a seguire le logiche della convenienza sotto diversi aspetti. È così, infatti, che si arriva anche nel campo contrattuale a parlare di rischio, ossia di onere della sopportazione del peso economico delle conseguenze infauste dell'attività produttiva su chi beneficia dei profitti da quest'ultima derivanti, evitando gran parte delle difficoltà relative all'accertamento della colpa ⁽³⁸⁷⁾; ed è per via della convenienza, inoltre, che si predispongono norme tendenzialmente semplici, posto che quanto più semplice è la regola, tanto più prevedibile sarà la decisione e tanto più incoraggiata la decisione in via stragiudiziale della controversia, con un notevole effetto sull'economia giudiziale ⁽³⁸⁸⁾. Infine, è attraverso la

⁽³⁸⁶⁾ P. TRIMARCHI, *cit.*, 513, 530.

⁽³⁸⁷⁾ Nei rapporti tra «*imprese e consumatori, [...] che si tratti di danni cagionati dalla cosa venduta, oppure di infortuni subiti dal viaggiatore [...] l'impresa sarà di regola più consapevole del rischio, più preparata ad affrontarlo e meglio e meglio in grado di assorbire il danno*», come afferma P. TRIMARCHI, *cit.*, 527, il quale però auspica altresì che in un'ipotetica futura "società del benessere", ogni cittadino sia assicurato per qualsivoglia danno alla persona, qualunque ne sia la causa (516).

⁽³⁸⁸⁾ P. TRIMARCHI, *cit.*, 517.

strada dell'economia che il diritto, spesso, diventa strumento di politica sociale e di conseguente sostegno delle fasce più deboli.

Sembra pertanto auspicabile, anche in virtù della contaminazione appena descritta, che il diritto civile si apra in modo osmotico quantomeno alle altre branche del diritto, soprattutto a quelle più influenzate dalle tendenze europee ed internazionali - a loro volta piuttosto libere dai condizionamenti derivanti da rigidi schemi concettuali giuridici - come è quella del diritto della navigazione. Il diritto civile, infatti, si rivela ancora troppo legato agli schemi tradizionali con la conseguente difficoltà di comprensione verso i rapidi e continui mutamenti socio-politico-economici che interessano l'epoca attuale, che si traduce, inevitabilmente, in una costante incertezza giurisprudenziale.

In ultima istanza, la spiegazione del percorso evolutivo della disciplina di quel fenomeno che questo lavoro ha cercato di definire, esaminare e descrivere e che comunemente è denominato obblighi di protezione, forse è stata data tempo fa, quando, sebbene in tema di illecito civile, è stato affermato che *«l'accadimento dannoso, nei campi segnati dal progresso, non è più il prodotto di una fatalità cieca, di un destino avverso che impedisce il verificarsi del danno: esso diviene un fatto che si accompagna ordinariamente all'operare umano, rimanendo però sottratto alla tradizionale configurazione dell'elemento della*

volontà, dal momento che si tratta di danni che devono accadere» ⁽³⁸⁹⁾.

Per questo motivo, l'obbligazione di protezione è uno strumento che, sebbene calato nella dimensione negoziale, è sottratto anch'esso alla volontà, dal momento che è un istituto che *deve* esistere.

⁽³⁸⁹⁾ S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., 21.

Bibliografia.

AA. VV., *Il Codice dei trasporti*, (a cura di L. Tullio – M. Deiana), Milano, 2011

AA.VV., *Il principio di buona fede*. Giornata di studio, Pisa 14 giugno 1985, Milano, 1987

AA.VV., *La tutela del turista* (a cura di G. Silingardi – V. Zeno-Zencovich), Napoli, 1993

AA.VV., *Le sanzioni in materia di trasporto marittimo, aereo, terrestre e codice della strada*, Torino, 2012

R. ABBATE, *Profili di responsabilità del vettore marittimo nel trasporto di passeggeri e danni risarcibili alla luce delle più recenti innovazioni legislative e giurisprudenziali*, in *Dir. mar.* 2008, 543 ss.

G. F. AIELLO, *La predeterminazione legale del danno alla persona verso un nuovo scrutinio della consulta*, in *Resp. civ. e prev.* 2012, 2, 582 ss.

G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.* 1971/II, 287

G. ALPA, *Rischio contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.* XL/1989, 1144 ss.

G. ALPA, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Bari, 2007

G. ALPA – M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 2001

G. ALPA - M. BESSONE -E. ROPPO, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969

A. ANTONINI, *La responsabilità del vettore aereo di persone nel trasporto nazionale e nel trasporto internazionale*, in *Dir. mar.* 2000, 1180 ss.

A. ANTONINI, *La responsabilità del vettore aereo per il trasporto di persone e cose nella più recente evoluzione normativa: protocolli di Montreal, Varsavia-Montreal, regolamento comunitario*, in *Dir. trasp.* 2000, 615 ss.

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

A. ANTONINI, *Corso di diritto dei trasporti*, Milano, 2004

A. ANTONINI, *Il trasporto amichevole: lineamenti generali ed inadeguatezza della disciplina del codice della navigazione*, in *Dir. trasp.* 2004, 91 ss.

A. ANTONINI, *Il danno risarcibile nel trasporto di persone*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo* (a cura di L. Tullio), Napoli, 2006, 81 ss.

A. ANTONINI, *Trattato breve di diritto marittimo*, Milano, 2007

A. ANTONINI, *Il concorso di responsabilità in materia di trasporto*, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 5 ss.

A. ANTONINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il diritto dei trasporti, banco di prova di una adeguata evoluzione del regime del concorso*, in *Resp. civ. e prev.* 2010, 2, 253 ss.

V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978

A. ASQUINI, *Del contratto di trasporto*, Torino, 1955

A. ASQUINI, *La responsabilità del vettore per infortuni del viaggiatore*, in *Riv. dir. comm.* 1919/II, 350 ss.

A. ASQUINI, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone* in *Riv. dir. comm.* 1951/II, 1 ss.

A. ASQUINI, *Trasporto (in genere)* in *Noviss. dig. it* XIX/1973, 566 ss.

A. ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone: parte generale*, Napoli, 1984 (ristampa ed. Padova, 1915)

P. S. ATIYAH, *Essays on contracts*, Oxford, 1986

P. S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, VI ed., 2006, Clarendon law series, Oxford, 2006

M. BADAGLIACCA, *L'attività di interpista nel sistema di Varsavia*, in *Dir. trasp.* 2002, 235

- T. BALLARINO, *La limitazione del debito del vettore marittimo e aereo*, in *Il cinquantenario del codice della navigazione* (a cura di L. Tullio – M. Deiana), Cagliari, 1993
- T. BALLARINO – S. BUSTI, *Diritto aeronautico e spaziale*, Milano, 1988
- T. BALLARINO – S. BUSTI, *La responsabilità del vettore aereo internazionale dal punto di vista italiano*, in *Dir. trasp.* 1998/II, 7 ss.
- L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1964
- F. BENATTI, *Osservazioni in materia di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1960/II, 1342 ss.
- F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII/1991, 221 ss.
- L. M. BENTIVOGLIO – S. BUSTI, *Diritto aeronautico. Le fonti convenzionali*, Milano, 1980
- F. BERLINGIERI, *L'adozione del Protocollo 2002 alla Convenzione di Atene del 1974 sul trasporto per mare di passeggeri e loro bagagli*, in *Dir. mar.* 2002, 1498 ss.
- F. BERLINGIERI, *Il protocollo del 2002 alla Convenzione di Atene e l'assicurabilità del limite del risarcimento*, in *Dir. mar.* 2007, 322 ss.

- B. BERTUCCI, *La Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 e il sistema di responsabilità illimitata del vettore*, in CUST (Atti dell'incontro di studio, Ispica 29 agosto – 4 settembre 1999), Messina, 2000, 217 ss.
- M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969
- M. BESSONE, *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione*, in *Giur. it.* 1972/I, 1, 1251 ss.
- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Prolegomeni*, Milano, 1953
- E. BETTI, *Dovere (teoria generale)*, in *Enc. dir.* XIV/1965, 53 ss.
- C. M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* 1964/I, 478 ss.
- C. M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni: artt. 1218-1229*, Bologna-Roma, 1979
- C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale* in *Riv. dir. civ.* 1983/I, 205
- C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di S. Cicu – F. Messineo), Milano, 1990
- C. M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000
- L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967

- M. J. BONELL, *Un codice internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 2006
- S. BOTTACCHI, *Condotta temeraria e cospicua e decadenza del vettore dal beneficio della limitazione del debito*, in *Dir. mar.* 2002, 1288 ss.
- A. BOTTI, *Brevi riflessioni in tema di tutela del passeggero nel caso di ritardo o di cancellazione del volo*, in *Il nuovo diritto aeronautico: in ricordo di G. Silingardi*, Milano, 2002, 607 ss.
- U. BRASIELLO, *Obbligazione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.* XI/1968, 554 ss.
- U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968
- M. BRINGNARDELLO, *I diritti dei passeggeri nel trasporto marittimo e nelle altre modalità: uniformità e differenze*, in *Dir. mar.* 2012, 786 ss.
- S. J. BURTON, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *RCDP* 1984, I, 13 ss., tratto da *Harv. L. Rev.* 1980, 369, titolo originale «*Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*», traduzione a cura di S. Di Paola e R. Pardolesi

- F. D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus* 1976, 41 ss.
- S. BUSTI, *Contratto di trasporto aereo*, in Trattato di diritto civile e commerciale (a cura di S.- Cicu, - F. Messineo), Milano, 2001
- S. BUSTI, *La responsabilità del vettore aereo per danni da ritardo*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo* (a cura di L. Tullio), Napoli, 2006, 127 ss.
- L. CABELLA PISU, *Impossibilità della prestazione e valutazione di buona fede*, in *Giur. mer.* 1971/I, 411 ss.
- U. CAMARDA, *Brevi note sui danni del trasportato di cortesia nell'unità da diporto*, in *Dir. trasp.* 2004, 751 ss.
- U. CAMARDA, *La sicurezza nel diritto della navigazione: molteplicità di norme ed unicità di approccio sistematico*, in *Dir. trasp.* 2010, 261 ss.
- C. W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *RCDP* 1983, 567 ss.
- G. CANNIZZARO, *Il risarcimento del danno nel trasporto aereo. Il danno alla persona del passeggero*, Padova, 1980
- V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corr. giur.* 1994, 572 ss.

- E. CARGNIEL, *Trombosi nel trasporto aereo: nesso di causalità e nozione di incidente*, in *Dir. trasp.* 2010, 459 ss.
- N. CARNIMEO, *La tutela del passeggero nell'era dei vettori low cost*, Bari, 2012
- F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X/1962, 709 ss.
- M. CASANOVA, *La tutela del passeggero nella Convenzione di Atene del 1974*, in *Dir. mar.* 2006, 1089 ss.
- M. CASANOVA – M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti. La disciplina contrattuale*, Milano, 2007
- C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus* 1976, 123 ss.
- C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *RCDP* 1986/I, 21 ss.
- C. CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *RCDP* 1989/IV, 539 ss.
- C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.* XXI/1991
- C. CASTRONOVO, *I «Principi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm. obbl.* 1995/I, 21 ss.
- C. CASTRONOVO, *Il contratto nei «Principi di diritto europeo»*, in *Eur. dir. priv.* 2001, 186 ss.

- C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001-2005
- C. CASTRONOVO, *Le due specie di responsabilità civile e il problema del concorso*,
in *Eur. dir. priv.* 2004, 69 ss.
- C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006
- D. CASTROVINCI, *Il problema dell'inesigibilità della prestazione*, in *Giust. civ.*
1988/II, 346 ss.
- G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*
1971, 613 ss.
- G. CATURANI-A. SENSALÉ, *Il trasporto: esposizione critica di giurisprudenza e
dottrina*, Napoli, 1960
- P. CELLE, *Contratto di trasporto marittimo e tutela del consumatore*, in *Dir. mar.*
2006, 1101 ss.
- V. R. CERVELLI, *Osservazioni sulla pericolosità della navigazione aerea*, in *Dir.*
trasp. 1998, 745 ss.
- V. R. CERVELLI – F. GIUSTIZIERI, *C'è qualcosa di nuovo nell'aria, anzi d'antico:
l'entrata in vigore del Protocollo n. 4 di Montreal 1975*, in *Dir. trasp.* 1999, 35
ss.

- A. CHIANALE, *Obbligazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XII/1995, Torino, 337 ss.
- V. CHINÉ – A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile* (diretto da G. Alpa – R. Garofoli),
Roma, 2009
- G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.* 2002/I, 492 ss.
- S. CICCARELLO, *Indennità* (dir. priv.), in *Enc. dir.* XXI/1971, 99 ss.
- S. CICCARELLO, *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988
- M. M. COMENALE PINTO, *Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo*, in *Dir. mar.* 2000, 798 ss.
- M. M. COMENALE PINTO, *La responsabilità del vettore aereo dalla Convenzione di Varsavia del 1929 alla Convenzione di Montreal del 1999*, in *Diritto e storia* 2/2003
- M. M. COMENALE PINTO, *Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo*, in *Dir. mar.* 2000, 798 ss.
- M. M. COMENALE PINTO, *La nozione di preposto nel trasporto aereo*, in *Dir. trasp.* 2001, 371 ss.

- M. M. COMENALE PINTO, *Il passaggio marittimo fra codice della navigazione, convenzioni non ratificate e prospettive comunitarie*, in *Diritto e storia* 4/2005
- M. M. COMENALE PINTO, *Nozione di «incidente» e condotte omissive del vettore e dei suoi preposti nel trasporto internazionale di persone*, in *Dir. trasp.* 2006, 609 ss.
- M. M. COMENALE PINTO, *Le tendenze unificatrici nella disciplina del trasporto di persone*, in *Diritto e storia* 8/2009
- M. M. COMENALE PINTO, *La sindrome della classe economica*, in *Diritto e storia* 9/2010
- M. COMPORTI, *Il nuovo caso della giurisprudenza francese sulla responsabilità nel trasporto di cortesia: un esempio da imitare*, in *Foro it.* 1978/V, 182
- V. CORONA, *La natura delle prestazioni di assistenza del vettore aereo in caso di ritardo*, in *Dir. trasp.* 2006, 866 ss.
- V. CORONA, *Le circostanze eccezionali e le prestazioni del vettore aereo in caso di cancellazione del volo*, in *Dir. trasp.* 2009, 801 ss.
- V. CORONA, *La compensazione pecuniaria per il ritardo aereo tra diritto positive e giurisprudenza interpretative della Corte di giustizia*, in *Dir. trasp.* 2010, 113 ss.
- V. CORONA, *Il risarcimento per l'inadempimento degli obblighi di assistenza del vettore aereo*, in *Dir. trasp.* 2012, 199ss.

- L. CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003
- M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989
- G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.* 1984/I, 709 ss.
- G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001
- V. CUCCU, *Brevissime considerazioni sui nuovi standard europei di tutela per il ritardo aereo all'arrivo: disagi, responsabilità condivisa e assistenza pecuniaria*, in *Dir. trasp.* 2013, 503 ss.
- W. D'ALESSIO, *Diritto dei trasporti*, Milano, 2003
- A. DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979
- V. DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig disc. priv.* XII/1995, 397 ss
- A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.* 1983, 122 ss.
- E. DELL'AQUILA, *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980

- C. DE MARCO, *La responsabilità civile nel trasporto di persone e di cose*, Milano, 1985
- G. DE NOVA, *Tipico e atipico nei contratti della navigazione*, in *Dir. trasp.* 1995, 715, 719.
- C. DE SINNO, *Violazione della regola di buona fede ed effetti giuridici conseguenti*, in *Riv. dir. civ.* 2000/III, 642 ss.
- A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.* 1983, 122 ss.
- A. DE VRIES, *The Aim for Complete Uniformity in EU Private Law: an Obstacle to Further Harmonization*, in *EU Private Law* 2012, 4, 913 ss.
- G. DI GIANDOMENICO, *Il danno non patrimoniale per negato o ritardato imbarco*, in *Dir. trasp.* 2005, 2 ss.
- A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *RCDP* 1986/II, 539 ss.
- A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale: art. 1173-1176*, Bologna, 1988
- A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002

- E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminate, clausole generali, «standards» valutativi e principia generali dell'ordinamento*, in *Foro it.* 1999/I, 3558 ss.
- A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.* 1987, 1 ss.
- R. FERCIA, *Dovere di diligenza e rischi funzionali*, Napoli, 2005
- G. FERRANDO, *Impossibilità sopravvenuta, diligenza del «buon padre di famiglia» e valutazioni di buona fede*, in *Giur. mer.* 1974/I, 393 ss.
- G. B. FERRI, *La responsabilità del vettore verso il passeggero*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo* (a cura di L. Tullio), Napoli, 2006, 56 ss.
- B. FIORE, *Il contratto di trasporto e la nozione di consumatore*, in *Dir. trasp.* 2001, 177 ss.
- B. FIORE, *La cancellazione del volo e le sanzioni amministrative a carico del vettore che non ha compensato e assistito i passeggeri*, in *Dir. trasp.* 2009, 214 ss.
- A. FIORENTINO, *Il contratto di passaggio marittimo*, Firenze, 1940
- A. FLAMINI, *Il trasporto amichevole*, Napoli, 1977

- A. FLAMINI, *Osservazioni critiche sulla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del vettore*, in *Dir. trasp.* 2002, 813 ss.
- A. FLAMINI – M. V. COZZI – R. LENZI, *Trasporto, spedizione, deposito, noleggio*, in Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato (a cura di P. Perlingieri), Napoli, 2008.
- E. FOGLIANI, *La limitazione della responsabilità del vettore aereo internazionale di persone nel giudizio della Corte Costituzionale*, in *Dir. mar.* 1985, 752 ss.
- E. FOGLIANI, *Il trasporto marittimo di persone*, in *Trasporti e turismo*, a cura di (M. Riguzzi e A. Antonini), Torino, 2008
- E. FOGLIANI, *Aggiornamento dei limiti di Montreal 1999, questo sconosciuto (...all'ENAC)*, in *Dir. trasp.* 2011, 155 ss.
- P. FRANCESCHETTI – M. MARASCA, *Le obbligazioni*, in Trattato di diritto civile (a cura di P. Franceschetti), Santarcangelo di Romagna, 2008
- M. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988
- M. FRANZONI, *Integrazione del contratto: suoi effetti reali e obbligatori*, Milano, 1999
- M. FRANZONI, *La correttezza e la buona fede come clausola generale*, in *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale*, Torino, 2004

- C. FRIED, *Contract and promise: a theory of contractual obligation*, Harward, 1981
- E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori* (a cura di E. Gabrielli – E. Minervini), Torino, 2000, 25 ss.
- P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.* 2002/I, 239 ss.
- L. GAROFALO, *Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, in *Trattato delle obbligazioni I*, Padova, 2010
- G. GHEZZI, *Cortesia (prestazioni di)* in *Enc. dir.* X/1962, Milano, 1048 ss
- S. GIACOBBE, *La responsabilità del vettore aereo per ritardo*, in *Studi su: negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo* (a cura di M. Deiana), Cagliari, 2005, 87
- F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?* in *RCDP* 1987/I, 79 ss.
- F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993
- E. GIEMULLA – R. SCHMID, *Warsaw Convention*, The Hague, 1995

- M. GIORGIANNI, *Obbligazione* (dir. priv.), in *Noviss. dig. it.* XI/1965, 581 ss.
- M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975
- M. GIORGIANNI, *L'obbligazione: la parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1968
(ristampa inalterata dell'edizione del 1951)
- C. GIORGIANTONIO, nota a App. Torino 17 marzo 2006, in *Foro it.* 2007/I, 2903 ss.
- G. GORLA, *Del rischio e del pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934
- G. GUERRIERI, *Italian Court Denies Recovery for Cerebral Haemorrhage Following 18.5-Hour Aircraft Journey*, in *Air & Sp. L.* 2010, 79 ss.
- P.J.S. GRIGGS, *Athens Convention relating to the carriage of passengers and their luggage by sea 2002*, in Colloquio del Comité Maritime International, in *Dir. mar.* 2003, 1044 ss.
- J. HERMIDA, *The New Montreal Convention: The International Passenger's Perspective*, in *Air & Sp. L.* 2001, 150 ss.
- N. KOUKAKOS, *Syndrome de la classe économique et indemnisation dans le transport aérien de passagers*, in *Rev. fr. dr. aér.* 2001, 165 ss.

- G. IUDICA – P. ZATTI, *Linguaggio e parole del diritto privato*, Padova, 2008
- M. IANNUZZI, *Del trasporto*, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970
- S. INVERNIZZI, *La Corte di giustizia ed un caso di volo interrotto*, in *Resp. civ. e prev.* 2012, 1, 92 ss.
- L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007
- U. LA TORRE, *La definizione del contratto di trasporto*, Napoli, 2000
- A. LEFEBVRE – G. PESCATORE – L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2013.
- A. LEPRE, *Responsabilità aquiliana e contrattuale: un unico modello giurisprudenziale di responsabilità*, in *Giur. mer.* 2007/XI, 3063 ss.
- A. LIARDO, *Cancellazione del volo e compensation: l'obbligo di organizzazione del vettore in caso di circostanze eccezionali*, in *Dir. trasp.* 2012, 174 ss.
- M. LOPEZ DE GONZALO, *La responsabilità extracontrattuale del vettore*, in *La responsabilità civile* (a cura di Alpa e Bessone), Torino, 1987

- C. LUZZATI, *La normalizzazione delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in *RCDP* 2013/II, 163 ss.
- U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958
- L. MASALA, *Trasporto gratuito e trasporto amichevole: l'interesse alla compagnia quale element discriminante*, in *Dir. trasp.* 1991/II, 121 ss.
- L. MASALA – E. ROSAFIO, *Trasporto aereo e tutela del passeggero nella prospettiva europea*, Giuffrè, 2006
- G. MASTRANDREA, *Profili dell'obbligo di protezione del passeggero nel trasporto aereo: la delimitazione temporale della responsabilità e la nozione di sinistro*, in *La tutela del turista* (a cura di G. Silingardi – V. Zeno-Zencovich), Napoli, 1993
- G. MASTRANDREA, *L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone*, Padova, 1994
- G. MASTRANDREA, *La carta dei diritti del passeggero*, in *Il nuovo diritto aeronautico: in ricordo di Gabriele Silingardi*, Milano, 2002
- G. MASTRANDREA, *L'ambito temporale della responsabilità del vettore per morte o lesioni del passeggero*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo* (a cura di L. Tullio), Napoli, 2006, 73 ss.

- G. MASTRANDREA – L. TULLIO, *Il compimento della revisione della parte aeronautica del codice della navigazione*, in *Dir. mar.* 2006, 699 ss.
- G. MASTRANDREA – A. QUARANTA, *Il problema dell'adeguatezza del limite risarcitorio nel trasporto aereo di persone ed i recenti tentativi concreti di soluzione*, in *Dir. trasp.* 1996, 709 ss.
- A. MASUTTI, *Il ritardo nel trasporto aereo ed i rimedi del legislatore comunitario*, in *Dir. mar.* 2007, 1038 ss.
- M. MAYER, *Deep Vein Thrombosis – Blood Flow v. Profit Flow*, in *Air & Sp. L.* 2001, 225 ss.
- S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.* 2003, 627 ss.
- S. MAZZAMUTO, *Contratto di diritto europeo, XXI Secolo* (2009), in *Enciclopedia Treccani* su [http://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-di-diritto-europeo_\(XXI_Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-di-diritto-europeo_(XXI_Secolo)/)
- H. MAZEAUD – A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1957

- C. MEDINA, *Dichiarazione di incostituzionalità della limitazione di responsabilità del vettore aereo internazionale*, in *Dir. mar.* 1986, 212 ss.
- F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. giur.* IX/1961, 784 ss.
- L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.* 1954/II, 180 ss.
- L. MENGONI, *Il problema del danno al patrimonio*, in *RCDP* 1984/II, 297 ss.
- L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP* 1986/I, 5 ss.
- L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.* XXXIX/1998, 1072 ss.
- L. MENGONI, *Metodo e teoria giuridica* (a cura di C. Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi), Milano, 2011
- R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale, artt. 1173-1320*, in *Commentario del codice civile: Libro IV*, Torino, 1982
- P. G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1988
- P. G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989
- A. MONTEL, *Buona fede*, in *Noviss. dig. it.* II/1957, 599 ss.

E. MONZANI, *Brevi note sulla responsabilità del vettore marittimo di persone*, in *Dir. mar.* 2004, 515 ss.

L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988

U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu- F. Messineo), Milano, 1984

U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. Cicu- F. Messineo), Milano, 1984

R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936

R. NICOLÒ, *Adempimento* (dir. civ.), in *Enc. dir.* I/1958, 554 ss.

S. ORLANDO, *Rischio e vendita internazionale*, Milano, 2002

G. OSTI, *Scritti giuridici*, Milano, 1973

W. PAGLIEI, *La colpa del passeggero nel trasporto aereo* (nota a Cass. 15 febbraio 2006, n. 3285), in *Dir. trasp.* 2007, 509 ss.

- L. PALMIERI, *La DVT non costituisce un "accident" ai sensi della Convenzione di Varsavia*, in *Dir. mar.* 2005, 256 ss.
- L. PALMIERI, *Ancora sulla nozione di accident in base alla Convenzione di Varsavia* (nota a US Supreme Court 24 febbraio 2004, *Olympic Airways v. Rubina Husain*), in *Dir. mar.* 2006, 930 ss.
- C. PASTERIS, *Correttezza*, in *Noviss. dig. it.* IV/1968, 870 ss.
- S. PATTI, *Abuso del diritto* (voce), in *Dig. disc. priv.* I/1987, 1 ss.
- F. PELLEGRINO, *Sicurezza e prevenzione degli incidenti aeronautici*, Milano, 2007
- P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006
- D. R. PERETTI GRIVA, *In tema di cumulabilità dell'azione extracontrattuale e contrattuale nel trasporto di persone*, in *Foro pad.* 1959, 1145 ss.
- F. X. PIERRONET, *Responsabilité civile et passagers maritimes*, Marseille, 2004
- F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011

- M. PIRAS, *Gli ausiliari nel trasporto marittimo e aereo. Funzioni e responsabilità*, Cagliari, 2005
- M. PIRAS, *Il danno non patrimoniale nel trasporto aereo*, in *Dir. trasp.* 2012, 387 ss.
- M. POLKOWSKA, *Some Observations on Civil Air Carrier Liability in International Air Carriage – “Accident”, “Damage” and Jurisdiction*, in *Uniform Law Revue* 2010, 1, 109 ss.
- G. PONZANELLI, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. prev.* 1984, 36 ss.
- G. RECINTO, *Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria*, in *Rass. dir. civ.* 2002, 271 ss.
- P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, in *Enc. dir.* XXIX/1979, 134 ss.
- P. RESCIGNO, *Nozioni generali sul principio di buona fede*, in *Il principio di buona fede: giornata di studio*, Pisa 14 giugno 1985, Milano, 1987
- G. RIGHETTI, *Per un inquadramento sistematico della responsabilità del vettore* in *Riv. dir. civ.* 1964/I, 58 ss
- G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, Milano, 1990
- G. RIGHETTI, *Trasporto marittimo (voce)*, in *Dig. disc. priv.* XVI/1999, 102 ss.

- M. RIGUZZI, *Il contratto di trasporto*, in Trattato di diritto privato. I contratti speciali, diretto da M. Bessone, vol. XIV, Torino, 2006
- S. ROBERTI, *Il preteso assurdo cumulo di azioni nel contratto di trasporto*, in *Foro it.* 1960/IV, 266 ss.
- R. RODIÈRE, *Affrètements & Transports*, in *Traité general de droit maritime*, III, Paris, 1970
- S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, nota a cass. 16 febbraio 1963 n. 357, in *Foro it.* 1963/I, 1769 ss.
- S. RODOTÀ, *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.* XII/1964, 542 ss.
- S. RODOTÀ, *Il problema dell responsabilità civile*, Milano, 1967
- S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004
- G. ROMANELLI, *I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile*, in Il cinquantenario del codice della navigazione (a cura di L. Tullio – M. Deiana), Cagliari, 1993
- G. ROMANELLI, *Il trasporto aereo di persone: nozione e disciplina*, Padova, 1959
- G. ROMANELLI – L. TULLIO, *Spunti di studio su: le condizioni generali del trasporto aereo di persone*, Cagliari, 1997
- G. ROMANELLI, *Diritto uniforme dei trasporti e Convenzione di Montreal del 1999*, in Il nuovo diritto aeronautico, Milano, 2002, 581 ss.

G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995

S. ROMANO, *Abuso del diritto* (dir. att.), in *Enc. dir.* I/1958, 166 ss.

S. ROMANO, *Buona fede* (dir. priv.), in *Enc. giur.* V/1988, 677 ss.

E. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica – P. Zatti),
Milano, 2011

E. RØSÆG, *News under the Athens sun – New principles and lost opportunities of the
Athens convention of 2002*, in AA.VV. *Maritime and Transport law,
Scandinavian studies in law*, vol. 46, Stoccolma, 2004, 154

E. G. ROSAFIO, *In tema di ammissibilità di azioni risarcitorie da parte del
passengeromal di fuori della Convenzione di Varsavia* (nota a *El Al Israel
Airlines Ltd. V. Tsui Yuan Tseng*, US Supreme Court 12 gennaio 1999), in
Dir. trasp. 2000, 222 ss.

E. G. ROSAFIO, *L'azione extracontrattuale*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo*
(a cura di L. Tullio), Napoli, 2006

C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *La responsabilità
civile* (a cura di Alpa e Bessone), vol. I, Torino, 1987

- C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto della giurisprudenza*, in *Contr. e impr.* 1996, 642 ss.
- S. ROSSI, *Contatto sociale (fonte di obbligazioni)*, in *Dig. disc. priv.* V/2010, 346 ss.
- R. ROVELLI, *Prestazioni di cortesia*, in *Noviss. dig. it.* XIII/1957, 733 ss.
- R. ROVELLI, *Il trasporto di persone*, Torino, 1970
- R. ROVELLI, *La correttezza*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa-Bessone, Torino, 1991
- R. RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1950, 962 ss.
- R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale (a cura di G. Visintini)*, Milano, 1984
- R. SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva*, in *Il principio di buona fede: giornata di studio*, Pisa 14 giugno 1985, Milano, 1987
- U. SALVESTRONI, *Nozioni generali di diritto civile*, Milano, 2005
- C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005

- D. SANTINI, *Brevissime note in materia di responsabilità per fatto illecito degli ausiliari e c.d. obblighi di protezione – Condizioni di applicabilità dell'art. 1228 c.c.*, in *Dir. mar.* 1996, 400 ss.
- F. C. SAVIGNY, *L'obbligazione* (traduzione dall'originale con appendici a cura di G. Pacchioni), Torino, 1912
- R. SAVOIA, *Ai danneggiati spetta un risarcimento personalizzato e comprensivo di tutti i pregiudizi subiti. Un'altra (l'ennesima) tirata d'orecchi della Cassazione ai giudici di merito di manica eccessivamente stretta*, in *Dir. e giust.* 2013, 521 ss.
- M. SCARDIGLI, *Sinistri a causa e sinistri in occasione del trasporto di persone*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1963/II, 1727 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.* XV/1968, 670 ss.
- A. SERRA, *Dal codice di commercio al codice della navigazione*, in *Il cinquantenario del codice della navigazione* (a cura di L. Tullio – M. Diana), Cagliari, 1993, 5 ss.

- G. SILINGARDI, *L'istituto del limite risarcitorio: controllo di costituzionalità ed autonomia delle parti*, in *Dir. trasp.* 1992/II, 345 ss.
- G. SILINGARDI, *Trasporto aereo (dir. nav.)*, in *Enc. dir.* XLIV/1992, 1175
- G. SILINGARDI, *Reg. (CE) 2027/97 e nuovo regime di responsabilità del vettore aereo di persone*, in *Dir. trasp.* 1998, 621 ss.
- ss.
- G. SILINGARDI, *Trasporto aereo (voce)*, in *Dig. disc. priv.* XVI/1999, 57 ss.
- B. STARK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Parigi, 1947
- H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto* (traduzione italiana con prefazione di R. Favale), Napoli, 2001
- P. STEIN – J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale (Legal values in western society*, traduzione italiana a cura di A. Maccioni), Milano, 1981
- M. STOLFI, *Appalto-trasporto*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da G. Grosso – F. Santoro-Passarelli), Milano, 1961
- G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.* 1964/I, 163 ss.
- F. TAMBURINI, *Le novità introdotte dal reg. (CE) n. 889/2002 e le ragioni connesse alla sua adozione*, in *Dir. trasp.* 2003, 831 ss.

- P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961
- P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.* 1970, 512 ss.
- G. N. TOMPKINS JR, *Deep Vein Thrombosis (DVT) and Air Carrier Legal Liability – The Myth and the Law*, in *Air & Sp. L.* 2001, 231 ss.
- G. N. TOMPKINS JR, *DVT litigation update: September 2004*, in *Air & Sp. L.* 2004, 312 ss.
- L. TULLIO, *Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie nella contrattualistica dei trasporti*, in *Dir. trasp.* 1995, 723 ss.
- L. TULLIO, *I contratti di trasporto e di viaggio turistico nella disciplina di tutela dei consumatori*, in *Studi in memoria di M. L. Corbino*, Milano, 1999
- L. TULLIO, *Spunti sulla responsabilità del vettore aereo di persone*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano, 2002, 599 ss.
- L. TULLIO, *Contratto di noleggio*, in *Trattato di diritto civile e commercial (a cura di A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni)*, Milano, 2006, 239 e 287
- L. TULLIO, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul reg. (UE) 261/2004*, in *Dir. trasp.* 2009, 367 ss.
- L. TULLIO, *Responsabilità civile e diritto della navigazione*, in *Scritti per F. Berlingieri*, Genova, 2010, 1076 ss.

- L. TULLIO, *Il danno risarcibile nel trasporto aereo: il danno morale*, in *Dir. trasp.* 2011, 777 ss.
- L. TULLIO, *Breviario di diritto della navigazione*, Milano, 2013
- L. TULLIO, *L'obbligazione di protezione nel trasporto marittimo e aereo*, in *Dir. trasp.* 2013, 349
- G. M. UDA, *Buona fede oggettiva ed economia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* 1990/II, 365 ss.
- G. M. UDA, *Il comportamento delle parti come canone di interpretazione contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* 2000/III, 597 ss.
- S. VERNIZZI, *La Corte di Giustizia ed un caso di volo interrotto*, in *Resp. civ. e prev.* 2012, 1, 99 ss.
- S. VERNIZZI, *Precisazioni e (ulteriori) significativi ampliamenti della nozione di «negato imbarco»*, in *Resp. civ. e prev.* 2013, 3, 794 ss.
- G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per il fatto degli ausiliari*, Padova, 1965
- G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979
- G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, 1987
- G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile: fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, Padova, 1996
- G. VISINTINI, *Le nuove aree di applicazione della responsabilità civile: guida alla lettura della giurisprudenza*, Milano, 2003

G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, 2006

A. ZAMPONE, *La condotta temeraria e consapevole nel diritto uniforme dei trasporti: gli elementi caratterizzanti*, in Studi in onore di G. Romanelli, Milano, 1997

A. ZAMPONE, *Le nuove norme sulla responsabilità del vettore nel trasporto aereo internazionale di passeggeri*, in *Dir. trasp.* 2000, 7 ss.

A. ZAMPONE, *Sulla nozione di wilful misconduct nella giurisprudenza statunitense alla luce dell'entrata in vigore del Protocollo di Montreal n. 4* (nota a *Doris Cristina Piamba Cortes v. America Airlines Inc.*, US Court of App. 11th Circ. 1999), in *Dir. trasp.* 2001, 203 ss.

A. ZAMPONE, *Trasporto aereo e clausole vessatorie*, in *Dir. trasp.* 2001, 501

A. ZAMPONE, *Sulla risarcibilità del danno psichico nel trasporto aereo internazionale di persone* (nota a *King v. Bristow Helicopters Ltd. V. KLM*, House of Lords 28 febr 2001), in *Dir. trasp.* 2003, 1012 ss.

A. ZAMPONE, *Il rischio dell'impossibilità della prestazione nel contratto di passaggio*, Napoli, 2008

A. ZAMPONE, *Il doppio livello di responsabilità per morte o lesion del passeggero*, in *Dir. trasp.* 2012, 621 ss.

V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contratto di trasporto aereo e la tutela del consumatore*, in *Il nuovo diritto aeronautico: in ricordo di G. Silingardi*, Milano, 2002, 729 ss.

- V. ZENO-ZENCOVICH, *Le nuove condizioni generali di contratto nel trasporto aereo, in Trasporto aereo e tutela del passeggero* (a cura di L. Masala - E. Rosafio), Milano, 2006
- R. ZIMMERMAN - S. WHITTAKER, *Good faith in european contract law*, Cambridge, 2000
- P. ZIVIZ, *La commisurazione legale del danno non patrimoniale tra tabelle giurisprudenziali e normative*, in *Resp. civ. e prev.* 2012, 4, 1075 ss.
- P. ZIVIZ, *Danno esistenziale: nuova tappa di un lungo cammino*, in *Resp. civ. e prev.* 2013, 1, 116 ss.
- S. ZUNARELLI, *La nozione di vettore. Contracting carrier e actual carrier*, Milano, 1987
- S. ZUNARELLI, *Trasporto marittimo* (voce), in *Enc. dir.* XLIV/1992, 1202 ss.
- S. ZUNARELLI, *Trasporto internazionale* (voce), in *Dig. disc. priv.* XVI/1999, 88 ss.
- K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Istituti*, in *Introduzione al diritto comparato* (ed. italiana a cura di A. Di Majo – A. Gambaro), Milano, 1995
- L. J. WEBER, *Recent Developments in International Air Law*, in *Air & Sp. L.* 2004, 280 ss.

