

In dottrina in verità c'è anche chi si è spinto oltre, precisando come il fondamento dell'indennità vada ricercato in una *summa* di elementi: il maggior aggravio che la sopraelevazione comporta per tutte le parti comuni; la diminuzione subita dai proprietari dei piani sottostanti delle rispettive quote di proprietà del suolo; l'appartenenza del suolo a tutti i condomini; la perdita, per il condominio, della possibilità di utilizzo della colonna d'aria corrispondente alla proiezione in altezza nonché, infine, l'esclusivo profitto ricavato dalla sopraelevazione dal relativo avente diritto⁶.

Sul punto i giudici sono stati molto chiari, ed hanno, altresì, evidenziato come in realtà l'indennizzo nasca solo dalla nuova realtà in cui si viene a trovare l'edificio in seguito alla sopraelevazione⁷. A conforto di questa tesi gli stessi Giudici sottolineano come unico parametro per il calcolo dell'indennità sia il valore del terreno e non anche il valore delle altre «utilità» condominiali, ciò sulla considerazione da un lato, del particolare valore dell'area fabbricabile e, dall'altro, che ci sarà una corrispondente diminuzione degli oneri afferenti i beni in proprietà comune⁸.

A questo punto non rimane che spiegare l'esatta configurazione del termine sopraelevazione ai fini dell'indennizzo.

I giudici a tal proposito hanno fatto un raffronto tra la disciplina prevista dall'art. 69 disp. att. c.c. e la disciplina di cui all'art. 1127, 4° comma, c.c. ed hanno sottolineato come siano differenti i parametri sulla base dei quali operano le due norme: mentre per la modifica delle tabelle millesimali si utilizza il rapporto tra il valore dell'edificio e l'incremento del piano o porzione di piano (da accertarsi in via convenzionale o giudiziale), nel caso dell'indennità da sopraelevazione il rapporto che si utilizza è quello tra il valore del suolo e la maggiore utilizzazione di esso derivante dall'opera realizzata ed indipendentemente dall'entità di essa. Sulla base dell'ulteriore considerazione che questa norma ricollega immediatamente il diritto all'indennizzo i Giudici concludono che ciò che realmente rileva ai fini dell'esatta applicazione del 4° comma dell'art. 1127 c.c. è la modifica della proporzione tra il valore del suolo e quello dei piani o porzioni di piano, ed in termini assoluti ciò che rileva è il rapporto con i «volumi» utilizzati.

FRANCESCO PUGLIESE

CONTRATTI DI VIAGGIO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 24 luglio 2007, n. 16315 — TRIFONE *Presidente* — SCARANO *Relatore* — SCHIAVON *P.M.* (conf.). — Aternum Viaggi s.a.s. (avv. Fani) - Bismanturist 2 s.r.l. (avv.ti Antonuccio, Silvestri).

Conf. Trib. Pescara, n. 816/2002.

⁶ DE RENZIS, FERRARI, NICOLETTI, REDIVO, *Trattato del condominio*, Padova, 2004, 269 e segg.

⁷ Cass., 22 novembre 2004, n. 22032, in *Giur. It.*, 2005, 1598, con nota di FERORELLI, *Proprietà della colonna d'aria soprastante e indennità di sopraelevazione*, in *Riv. Giur. Edil.*,

Obbligazioni e contratti — Contratto di viaggio vacanza tutto compreso (c.d. pacchetto turistico) — Causa in concreto — Definizione — Finalità turistica — Ammissibilità (C.c. art. 1325; D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, artt. 82 e segg.).

Obbligazioni e contratti — Contratto di viaggio vacanza tutto compreso (c.d. pacchetto turistico) — Causa in concreto — Definizione — Criterio di adeguamento del contratto — Ammissibilità (C.c. artt. 1325, 1374; D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, artt. 82 e segg.).

Obbligazioni e contratti — Contratto di viaggio vacanza tutto compreso (c.d. pacchetto turistico) — Risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione — Impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore — Ammissibilità (C.c. artt. 1174, 1463, 1464; D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, artt. 82 e segg.).

Nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso (c.d. «pacchetto turistico» o package) la finalità turistica non si sostanzia in interessi che rimangono nella sfera volitiva interna dell'acquirente il package (come avviene di norma nel diverso contratto di organizzazione o di intermediazione di viaggio), ma viene ad obiettivarsi nella causa in concreto di tale contratto (1).

La finalità turistica, concretizzando la causa in concreto del contratto di viaggio vacanza tutto compreso (c.d. «pacchetto turistico» o package) vale non solo a qualificarlo, determinando l'essenzialità di tutte le attività ed i servizi strumentali alla realizzazione del preminente scopo vacanziero, e cioè il benessere psico-fisico che il pieno godimento della vacanza come occasione di svago e di riposo è volto a realizzare, ma assume anche rilievo quale criterio di adeguamento dello stesso in relazione alla sorte della vicenda contrattuale, in ragione di eventi sopravvenuti che si ripercuotono sullo svolgimento del rapporto, quali ad esempio l'impossibilità o l'aggravio della prestazione, l'inadempimento, ecc. (2).

L'impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore, pur se normativamente non specificamente prevista, costituisce — analogamente all'impossibilità di esecuzione della prestazione — un'autonoma causa di estinzione dell'obbligazione (nella specie è stato risolto il contratto di viaggio vacanza tutto compreso in cui il consumatore non poteva perseguire la finalità turistica per la presenza di un'epidemia nel luogo dove doveva svolgersi la vacanza) (3).



Per il testo della sentenza v. *Giur. It.*, 2008, 857.



(1-3) **Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso**

SOMMARIO: 1. I limiti di estensione della risoluzione per impossibilità sopravvenuta. — 2. I precedenti dottrinali e giurisprudenziali. — 3. Contratto di viaggio tutto compreso e causa in concreto. — 4. Causa in concreto e sopravvenienze. — 5. L'estinzione per sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione.

2006, 846, con nota di SALCIARINI, *Considerazioni su alcune recenti pronunce di merito al diritto di sopraelevazione ex art. 1127 c.c.*

⁸ Cass., 22 novembre 2004, n. 22032, in *Riv. Giur. Edil.*, 2005, I, 1127, con nota di DECRESTINA.

1. I limiti di estensione della risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

La sentenza in commento affronta principalmente due temi e cioè l'incidenza della causa sul regime delle sopravvenienze e l'ampliamento delle ipotesi di risoluzione del contratto anche all'impossibilità sopravvenuta del creditore di utilizzazione della prestazione.

Si tratta di questioni che, oltre ad incidere sulla disciplina del contratto di viaggio vacanza tutto compreso, hanno significativi riflessi sistemati.

Per inquadrare le soluzioni a cui è pervenuta la Cassazione è necessario però riassumere i termini della questione posta al suo esame.

Un consumatore, dopo aver dato mandato ad una agenzia di viaggi di prenotare una vacanza a Cuba organizzata da un *tour operator*, decideva di non partire, avendo avuto notizia che era in corso nell'isola un'epidemia di dengue emorragico.

Successivamente il *tour operator*, non avendo ricevuto l'indennità pattuita per il recesso, otteneva dal Giudice di pace un decreto ingiuntivo contro l'agenzia di viaggi.

Quest'ultima proponeva opposizione sostenendo che nulla era dovuto, derivando la disdetta del consumatore da causa di forza maggiore, attesa la presenza nel periodo d'interesse dell'epidemia.

Il giudizio di primo grado, in cui veniva chiamato anche il consumatore, si concludeva con la revoca del decreto ingiuntivo, perché si riteneva che la presenza dell'epidemia integrava un'ipotesi di risoluzione per impossibilità totale della prestazione da parte del *tour operator*, con l'effetto che la controprestazione a carico del consumatore non poteva essere richiesta.

Il giudice d'appello, diversamente, riteneva sussistere solo la risoluzione per impossibilità sopravvenuta parziale ex art. 1464 c.c., potendo il *tour operator* assicurare sì lo svolgimento del soggiorno, ma non gli adeguati standard di sicurezza. La scelta del consumatore per la risoluzione del contratto in luogo della riduzione del prezzo veniva giustificata, non potendo richiedersi a quest'ultimo di esporsi neppure ad un rischio minimo di contrarre la malattia epidemica.

Nel suo ricorso il *tour operator* denunciava innanzitutto che non si era tenuto conto che il viaggio era possibile perché l'Ambasciata cubana aveva dichiarato la situazione sanitaria sotto controllo ed il Ministero degli Esteri italiano non aveva vietato o sconsigliato i viaggi nell'isola tropicale dove, peraltro, la malattia in questione ha carattere endemico, con conseguente assunzione del rischio da parte del consumatore al momento della stipula del contratto.

Secondo il ricorrente, poi, le sentenze di merito non avevano nemmeno considerato che sia il contratto stipulato, sia l'art. 9 della legge n. 1084/1977, pur consentendo al consumatore di recedere, attribuiscono al *tour operator* il diritto di chiedere un corrispettivo via via crescente in relazione all'approssimarsi della partenza. L'omissione di tali dati fattuali aveva portato a dare rilievo a soggettive valutazioni del consumatore circa la convenienza del viaggio in relazione ad una sua minore piacevolezza, finendo così per far gravare sul *tour operator* il rischio di qualunque evento non dipendente dalla sua volontà, né imputabile a sua responsabilità.

La suprema Corte ha innanzitutto rilevato che il ricorso violava il principio di autosufficienza, perché

non consentiva di far conoscere il fatto sostanziale e processuale, atteso che la documentazione a suo sostegno veniva solo genericamente richiamata e non riportata nel corpo del ricorso.

Orbene, la Corte di legittimità si sarebbe potuta fermare qui e dichiarare il ricorso inammissibile.

Nonostante ciò, essa ha voluto comunque affrontare il tema della sorte del contratto di viaggio tutto compreso quando le prestazioni alberghiere, di trasporto, di visite, di escursioni turistiche, ecc. sebbene materialmente possibili, non sono in grado di assicurare la finalità turistica e lo scopo di piacere a cui la vacanza tende, tralasciando però la questione — perché sollevata irritualmente dal ricorrente — dell'accettazione da parte del consumatore del rischio insito in un viaggio in un'isola caraibica, che pure ha rilievo non secondario in fattispecie come la nostra.

Per risolvere il problema, la sentenza ha innanzitutto affrontato la questione dei limiti di estensione della disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta, visto che entrambi i giudici di merito — pur concludendo quello di primo grado per l'assoluta e quello d'appello per la relativa — ne avevano ampliato l'ambito finendo per ricomprendervi anche le ipotesi in cui è possibile la prestazione principale ma non quella secondaria diretta a tenere indenne il consumatore.

Diversamente, il supremo Collegio ha ribadito l'orientamento tradizionale che limita fortemente il campo d'applicazione di tali istituti.

Si rileva infatti che l'art. 1463 c.c. ricomprende solo l'impedimento assoluto, oggettivo ed a carattere definitivo della prestazione. Solo in questo caso si ha un'automatica estinzione dell'obbligazione e la risoluzione del contratto, che ne costituisce la fonte; e ciò per il venir meno del sinallagma funzionale per la «irrealizzabilità della concreta causa del contratto».

L'art. 1464 c.c., invece, regola solo l'ipotesi di riduzione materiale della prestazione che dà luogo alla corrispondente riduzione della controprestazione od alla risoluzione quando non sussiste più un interesse della controparte al mantenimento del contratto; cosa che si verifica «laddove la prestazione residua venga a risultare incompatibile con la causa concreta del contratto».

Secondo il giudice di legittimità, quindi, le richiamate norme possono essere utilmente invocate solo quando la sopravvenuta impossibilità riguarda la prestazione (e cioè l'oggetto dell'obbligazione) e non quando viene in rilievo il diverso profilo teleologico della stessa e cioè la possibilità che questa, sebbene materialmente possibile, riesca a soddisfare l'interesse del creditore.

2. I precedenti dottrinali e giurisprudenziali.

Prima di procedere oltre, è necessario soffermarci su questo passaggio, perché proprio l'ampliamento del campo d'applicazione della disciplina in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta è stata fin ora la via maggiormente seguita per dare rilievo alle sopravvenienze negative che incidono sulla sfera del viaggiatore.

Se interviene una sopravvenienza negativa che può essere genericamente ricondotta alla sfera del debitore (in questo caso il *tour operator*), l'obbligazione si estingue (art. 1256 c.c.) e quest'ultimo non è responsabile dei danni (art. 1218 c.c.). Se tale obbligazione, poi, è

inserita in un contratto a prestazioni corrispettive, la sua estinzione fa venir meno anche la giustificazione della controprestazione, che non sarà più dovuta o, se eseguita, dovrà essere restituita (art. 1463 c.c.)¹.

Meno sicura è la soluzione quando la causa sopravvenuta che provoca l'impossibilità definitiva della prestazione va ricondotta alla sfera del creditore (nel nostro caso il turista).

Innanzitutto può aversi l'ipotesi in cui l'impossibilità deriva dalla mancata cooperazione da parte del creditore per il verificarsi di una sopravvenienza che rientra nella sua sfera di controllo.

Una prima interpretazione ritiene applicabile in questo caso la disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta e sostiene che il contratto si risolve *ipso iure*² con diritto del debitore al risarcimento, per alcuni ex artt. 1227 e 2043 c.c.³, per altri ex artt. 1175 e 1375 c.c.⁴.

Un'altra tesi, invece, ritiene che la fattispecie non è disciplinata dalle norme in materia di risoluzione, perché va vista alla luce dell'art. 1256 c.c.⁵. Di conseguenza il debitore sarebbe liberato ex artt. 1255 e 1218 c.c. mentre il creditore, non sciogliendosi il vincolo contrattuale, sarebbe comunque obbligato ad eseguire la controprestazione. Da questa, però, dovrebbero comunque essere dedotti i costi risparmiati e i guadagni realizzati o realizzabili dal debitore⁶.

Le risposte si divaricano ancor di più quando ci troviamo dinanzi ad impedimenti sopravvenuti che incidono sulla sfera giuridica del creditore ma che sono estranei alla sua sfera di controllo (provvedimenti dell'autorità, malattia, incidenti stradali, ecc.), atteso che tanto la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta che quella della *mora accipiendi* sono state utilizzate per

accollare il rischio della sopravvenienza ora al creditore, ora al debitore.

Infatti, alcuni restringono il campo d'applicazione dell'art. 1256 c.c. limitandolo alla sola ipotesi di impossibilità oggettiva della prestazione, con l'effetto che non può essere invocato l'art. 1463 c.c. quanto viene in rilievo l'impossibilità di riceverla; con ciò allocando il rischio in capo al creditore che sarà tenuto alla controprestazione⁷.

Se invece si identifica la prestazione non nella mera condotta del debitore, ma bensì nel risultato utile da garantire al creditore, allora l'impossibilità di soddisfare l'interesse di quest'ultimo comporta l'estinzione dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1256 c.c., con conseguente applicazione dell'art. 1463 c.c. In questo modo si finisce per ricondurre il rischio della sopravvenienza al debitore, giacché il venir meno dell'obbligazione di quest'ultimo estingue anche l'obbligo del creditore di eseguire la controprestazione, senza che si origini l'obbligo di risarcire il danno perché il fatto che ha reso impossibile la prestazione non gli è imputabile⁸.

Per neutralizzare tali risultati alcuni, pur ritenendo che l'impossibilità di cooperare provocata da eventi non imputabili al creditore conduce alla risoluzione del contratto ex art. 1463 c.c. con sua liberazione dalla controprestazione, comunque affermano il suo obbligo di indennizzare il debitore delle spese sostenute e dei guadagni persi per mettersi in grado di adempiere⁹.

Anche chi invoca il ricorso alla disciplina della mora del creditore non perviene a risultati convergenti.

Infatti, un primo filone propone un criterio di ripartizione dei rischi modellato sulla *mora accipiendi inculcata* ai sensi dell'art. 1206 c.c., ritenendo che creditore, cooperando all'adempimento per un interesse proprio,

¹ Va sottolineato che in Italia, a differenza di quanto accade in Germania, rimane fermo l'orientamento tradizionale che dà rilievo solo all'impossibilità oggettiva della prestazione e non a quella soggettiva (sopravvenuta). Sul punto OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, 3 e segg.

² Tale soluzione si basa sul rilievo che tra le cause non imputabili al debitore previste dall'art. 1256 c.c. agli effetti dell'estinzione dell'obbligazione, vi sono anche le cause imputabili al creditore. Per quanto riguarda gli effetti sul contratto sinallagmatico, sarebbe applicabile la disciplina di cui all'art. 1463 c.c., ma il debitore avrebbe diritto al risarcimento dell'interesse positivo; risarcimento da estendersi al mancato guadagno e cioè alla differenza tra corrispettivo pattuito e spese risparmiate dal debitore. V. COTTINO, *Questioni in materia di impossibilità della prestazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1951, II, 78 e segg.; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Bologna, 1999, 513; CHIESSA, *La sopravvenuta imputabilità della prestazione imputabile al debitore*, in *Contratto e Impresa*, 1991, 594 e segg.; ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000, 225.

³ Trib. Genova, 11 luglio 1996, in *Nuova Giur. Comm.*, 1997, I, 528, con nota di ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*.

⁴ STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995, 220 e segg.

⁵ Il tema si pone quando l'impossibilità diventa definitiva prima della costituzione in mora o quando la prestazione dev'essere eseguita in un momento ben preciso (per cui la mancata cooperazione rende definitivamente impossibile la prestazione). Alcuni autori propendono in questi casi per l'applicazione (in via diretta o analogica) dell'art. 1207 e segg. anche in

assenza di una formale costituzione in mora. La soluzione si basa sull'esigenza di impedire che la parte creditrice possa in qualche misura scaricare sul debitore i rischi connessi ad eventi non controllabili da quest'ultimo e legati, invece, da un nesso di causalità con sfera di controllo del creditore. CATTANEO, voce «Mora del creditore», in *Digesto Civ.*, vol. II, Torino, 1994, 439 e segg.; *Id.*, *Della mora del creditore*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 1973, 78 e segg.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora credendi*, Milano, 1975, 216 e segg.; CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 2002, 116 e segg.

⁶ Tale soluzione si avvicina a quanto stabilito nel codice civile tedesco al § 324, ora § 326. Sul lungo dibattito sull'opportunità di mantenere un'autonoma disciplina per l'impossibilità sopravvenuta in Germania v. TACCANI, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Germania: La nuova disciplina in materia di inadempimento e di impossibilità*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, 404-405; FERRANTE, *L'impossibilità della prestazione: alcune variazioni sul tema della concordanza fra BGB e codice civile italiano*, *ivi*, 2004, 731; CANARIS, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle leistungsstörungen*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, I, 19 e segg.

⁷ Per tutti PESCATORE, *Effetti dell'impeachment personale del singolo viaggiatore sul contratto di crociera turistica*, in *Foro It.*, 1947, I, 266 e segg.; SANTORO, *Crisi del Golfo e impossibilità sopravvenuta dovuta a fatto del creditore*, in *Contratto e Impresa*, 1991, 519 e segg.

⁸ COTTINO, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948, 443 e segg.

⁹ STELLA, *op. cit.*, 257 e segg.; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 1988, 274 e segg.

deve sopportare il rischio che eventi casuali gli impediscano di raggiungere il risultato programmato¹⁰.

Chi invece è dell'opinione per cui la disciplina della mora del creditore vada ricondotta alla clausola generale di buona fede oggettiva, sostiene che a quest'ultima debba farsi riferimento per verificare i casi in cui è legittimo il rifiuto di ricevere la prestazione. Qui si accollano al creditore non solo i rischi connessi ad eventi da lui controllabili con diligenza (il che porterebbe alla prospettiva della *mora culpata*), ma anche quelli derivanti da cause da lui oggettivamente controllabili (prospettiva questa compatibile con la *mora inculpata*)¹¹.

Il tratteggiato ventaglio di soluzioni a cui astrattamente si apre il nostro sistema ha provocato non poche incertezze in giurisprudenza.

L'orientamento maggioritario distingue tra «impossibilità della prestazione» e «impossibilità di ricevere la prestazione», ritenendo che solo la prima legittima la risoluzione del contratto. Infatti, il mero «impedimento soggettivo» dell'utente di usufruire del viaggio non può essere considerato sopravvenienza tale da legittimare la risoluzione del contratto perché l'obbligazione dell'organizzatore del viaggio non può ritenersi estinta perché materialmente ancora possibile¹².

A soluzioni diametralmente opposte sono pervenute quelle sentenze che, nell'ipotesi in cui il turista non era potuto partire per malattia, per lesioni subite a causa di un incidente stradale occorso pochi giorni dopo la prenotazione, per intervenuto provvedimento di divieto d'espatrio, ecc., hanno fatto discendere, in applicazione dell'art. 1206 c.c., dall'incolpevole impossibilità del creditore di ricevere la prestazione offerta dal debitore, la conseguenza dello scioglimento del vincolo e la restituzione del corrispettivo già percepito. Altre pronunzie sono arrivate alle stesse conclusioni, ma per vie diverse, in quanto hanno ritenuto che, nel caso in cui il *tour operator* sia obbligato a fornire un viaggio organizzato, così come in tutte le altre ipotesi in cui si richiede la cooperazione del creditore per l'esecuzione della prestazione, l'impossibilità di riceverla dovuta a causa non imputabile al creditore stesso, si risolve in impossibilità sopravvenuta della prestazione, con conseguente risoluzione del contratto *ex art. 1463 c.c.*¹³.

La questione non è stata risolta nemmeno dalle norme speciali intervenute che hanno cercato di ricondurre il tema delle sopravvenienze all'interno della disciplina del recesso.

Infatti, la legge n. 1084/1977, che ha reso esecutiva la Convenzione internazionale relativa ai contratti di viaggio (CVV) del 23 aprile 1970, oltre ad applicarsi solo ad alcune limitate fattispecie (con conseguente margine di operatività della disciplina codicistica), non fa alcuna distinzione fra le possibili cause del recesso del viaggiatore ricollegandole tutte alla necessità di un indennizzo a favore dell'organizzatore del viaggio mentre, per contro, si prevede la possibilità in diversi casi di quest'ultimo di recedere senza alcun onere¹⁴.

Più ampia è la considerazione degli interessi del viaggiatore nel D.Lgs. n. 111/1995, che ha attuato la Direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti tutto compreso, oggi trasfuso nel D.Lgs. n. 206/2005 (codice del consumo). Qui il pomo della discordia verte soprattutto intorno all'art. 7, lett. *d*), del D.Lgs. n. 111/1995 [ora art. 86, lett. *d*), codice del consumo]¹⁵. Diffusa è però l'opinione di limitarne la portata, ammettendo un concorso tra tale normativa speciale e quella generale stabilita dal codice civile; e ciò nella convinzione che l'incondizionata tutela del turista non sia giustificata alla luce dell'attento equilibrio di interessi realizzato dalle leggi speciali ricordate¹⁶.

La sentenza in commento sembra distaccarsi da tale serrato dibattito.

Si accoglie, infatti, l'idea «tradizionale» secondo cui l'impossibilità di ricevere la prestazione non legittima il ricorso alla risoluzione *ex art. 1463 c.c.* Nonostante tale premessa, non si perviene alle stesse conclusioni perché si finisce, come vedremo, per accollare al debitore il rischio delle sopravvenienze negative che incidono sulla sfera del creditore, senza seguire però le argomentazioni normalmente addotte da chi è favorevole a tale allocazione del rischio.

La pronunzia si distanzia anche dal dibattito sviluppatosi negli ultimi anni che tende a risolvere il regime delle sopravvenienze nel contratto di viaggio all'interno della disciplina speciale, ampliando le ipotesi di recesso ivi previste.

¹⁰ TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1983, 367 e segg.

¹¹ VISINTINI, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato*, diretto da Rescigno, IX, 1, 1999, 176 e segg.; BIGLIAZZI GERI, voce «Mora del creditore», in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, 1 e segg.

¹² Cass., 26 marzo 1947, n. 432, in *Foro It.*, 1947, I, 265 e in *Riv. Dir. Comm.*, 1947, II, 284 e segg.; Trib. Napoli, 23 luglio 1984, in *Dir. e Giur.*, 1985, 763 e segg.; App. Milano, 1° marzo 1996, in *Contratti*, 4/1997, 386 e segg.; Trib. Genova, 12 maggio 1994, in *Giur. It.*, I, 2, 214 e segg., con nota di CARRASSI, *Il recesso unilaterale nel contratto di viaggio e l'imbarbarimento dell'offerta turistica*.

¹³ Per tutte Trib. Milano, 14 dicembre 1992, in *Contratti*, 1994, 1994, con nota di MUSSO, *La malattia del turista insorta prima della partenza: un altro rischio del tour operator*; MIGNOLI, *Impossibilità del creditore ed incidenza del fortuito*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1947, II, 286 e segg.

¹⁴ ROPPO, *Commento alla Convenzione sul contratto di viaggio*, in *Leggi Civ. Comm.*, 1978, 1776 e segg.; TASSONI, *Il con-*

tratto di viaggio, Milano, 1988, 215 e segg.; tuttavia alcune sentenze hanno ritenuto che comunque il recesso *ex art. 13 legge n. 1084/1977* possa avvenire senza indennizzo (v. Trib. Genova, 12 maggio 1994, in *Giur. It.*, I, 2, 214).

¹⁵ Per GUERINONI, nota a App. Milano, 1° marzo 1996, cit., 389 e segg. tale norma dà esplicitamente la possibilità di richiedere indietro la somma di denaro versata all'atto della prenotazione in tutti i casi in cui il recesso dipende da un fatto sopravvenuto non imputabile al turista o sia giustificato dal grave inadempimento del *tour operator*. In senso conforme Trib. Lanciano, 1° luglio 2002, in *Dir. Trasp.*, 2004, 286 e in *Dir. Maritt.*, 2003, 930.

¹⁶ CABELLA PISU, *op. cit.*, 131, 137-138 tale disposizione consente solo di ripetere la caparra, ma il rimborso delle ulteriori somme è previsto solo nei casi di cui all'art. 13 D.Lgs. n. 111/1995 (ora art. 92 codice consumo), con l'effetto che, nell'ipotesi in cui ricorre un'impossibilità non imputabile di usufruire del pacchetto turistico, l'unica possibilità per il turista è quella di cedere il contratto rimanendo solidalmente obbligato al pagamento del prezzo.

3. Contratto di viaggio tutto compreso e causa in concreto.

La soluzione al tema in esame viene intravista con il richiamo alla causa in concreto.

Infatti la sentenza raffronta la disciplina dei viaggi vacanza tutto compreso (c.d. pacchetto turistico) di cui al D.Lgs. n. 111/1995, ora trasfuso negli artt. 82 e segg. del codice del consumo, dal contratto di organizzazione o di intermediazione di viaggio, normato dalla legge n. 1084/1977.

In quest'ultima ipotesi le singole prestazioni di servizi si profilano come separate nel senso che, venendo in rilievo diversi tipi di rapporto (trasporto, mandato senza rappresentanza, appalto di servizi) con prevalenza degli aspetti dell'organizzazione e dell'intermediazione, la finalità turistica del viaggio non assume valenza causale, rimanendo nella mera sfera volitiva interna dell'acquirente.

Diversamente, il contratto di pacchetto turistico si caratterizza per la combinazione degli elementi costitutivi del trasporto, dell'alloggio e dei servizi turistici accessori (escursioni guidate, ecc.), con la conseguenza che le singole prestazioni rilevano non singolarmente e separatamente, ma nella loro unitarietà funzionale e cioè in quanto sono in grado di assicurare la «finalità turistica» della prestazione complessa da apprezzarsi in condizioni di normalità avuto riguardo alle circostanze concrete del caso: relax, svaghi ricreativi, ludici, culturali, escursionistici, ecc.

Qui la «finalità turistica» non rimane nella sfera volitiva interna del consumatore (come avverrebbe nel contratto CCV) ma si obiettivizza nel «tipo di contratto», «diventa interesse che lo stesso è funzionalmente volto a soddisfare, pertanto connotandone la causa concreta».

Dall'inquadramento del negozio di specie nel viaggio vacanza tutto compreso, la Corte fa derivare la rilevanza causale dello «scopo turistico» nel contratto sottoposto al suo giudizio.

Tale *iter* argomentativo solo in parte può essere condiviso giacché sembra sovrapporre i diversi concetti di tipo¹⁷, causa in astratto e causa in concreto.

Non ha senso infatti riferire la causa in concreto, intesa come funzione economico-individuale, al tipo negoziale astratto. Allo stesso modo, non si può far

derivare, dall'inquadramento nel tipo, la causa in concreto perseguita dalle parti e ciò perché «la tipizzazione di una struttura finisce per individuare solo l'interesse che essa normalmente realizza, nel senso che normalmente quando si richiama un tipo di attività si richiama anche il tipo di interesse che essa persegue. Tuttavia tale corrispondenza non è necessaria, perché ben può sussistere l'ipotesi in cui il privato, pur utilizzando una struttura tipizzata, la modifichi per perseguire un interesse nuovo e diverso, purché risulti meritevole di tutela»¹⁸.

Comunque la Corte, al di là di tali smagliature argomentative, ci sembra che abbia voluto mettere in risalto che va definitivamente superata l'idea dell'assoluta irrilevanza dei motivi che, consistendo in meri impulsi psichici non tradotti nell'atto di volontà negoziale, sarebbero sempre estranei alla causa, in quanto l'ordinamento si interesserebbe esclusivamente della funzione tipica ed astratta del contratto e non degli scopi che di volta in volta possono indurre le parti a contrarre.

Al contrario, deve abbandonarsi tale visione per aderire alla prospettiva della causa in concreto giacché, quando si va a valutare la funzione economico-individuale che le parti hanno assegnato al loro accordo, non possono non rilevare anche i motivi, a patto che questi non siano rimasti nella sfera interna di ciascuna contraente, ma che si siano obiettivizzati nel contratto, divenendo interessi che il negozio è diretto a realizzare¹⁹.

Così definita, la causa resta nell'alveo della concezione oggettiva, ma perde di astrattezza perché non si ricollega più al tipo, ma alla singola operazione concreta e ciò perché ogni singolo contratto, al di là dell'appartenenza o meno a tipi legali o sociali, ha la sua specifica funzione. Nessuna interferenza v'è con la nozione di motivo, perché la causa come funzione economico-individuale non è la sintesi dei motivi subiettivi, ma della dinamica contrattuale e, quindi, non può essere utilizzata per dare rilievo all'inespresso, a ciò che non risulta dal contratto nemmeno tacitamente. Nel momento, però, in cui la sintesi degli interessi delle parti viene ad emergere nel contratto medesimo, trasfusa e «obiettivata», non c'è ragione per negare ad essa ragione funzionale e, quindi, causale²⁰.

¹⁷ La causa, infatti, «attiene al momento della valutazione, il tipo invece al momento della qualificazione ... La prima mira a risolvere, sulla base della qualificazione dell'atto di autonomia privata, il problema della inseribilità della regola e della struttura privata nell'ordinamento giuridico, la seconda invece a risolvere il problema degli effetti che la struttura e regola possono produrre, una volta che esse siano inseribili nell'ordinamento». G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 133.

¹⁸ La causa, quindi, non può essere fatta coincidere con il tipo perché, come detto, ad una struttura tipica può corrispondere sia un interesse tipico, come normalmente accade, ma anche un interesse extratipico. La tipicità della struttura, lungi da esprimere un sicuro e vincolante criterio di meritevolezza, non fa altro che esserne un sintomo, e non sempre sicuro. La valutazione dell'atto negoziale va spostata dal riscontro dell'esistenza o meno di schemi tipici, alla natura dell'interesse che le parti concretamente perseguono. G.B. FERRI, *op. cit.*, 127-133.

¹⁹ «Chi stipula ad es. un contratto di trasporto di persone può volere soddisfare gli interessi più vari, che rimangono di

regola estranei al negozio (necessità di lavoro di famiglia, di svago, ecc). Se però il vettore offre una crociera, l'interesse turistico entra nel contenuto del contratto, determinando in capo al vettore l'impegno di effettuare la prestazione idonea a soddisfare tale interesse: l'interesse turistico concorre qui a segnare la causa del contratto». BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 434-435.

²⁰ «Definire la causa come funzione economico-individuale non vuole essere un modo, magari surrettizio, per recuperare istanze e suggerimenti delle antiche teorie soggettive. Vuol soltanto mettere in luce come da un lato, nella complessa ed articolata struttura che ha la regola privata che il negozio esprime, la causa appare l'elemento di coesione di tutti gli altri elementi (primari o secondari che siano) di cui tale struttura è composta; dall'altro, poiché il negozio esprime appunto una regolamentazione di privati interessi, la causa appare l'indice di come tale regola privata sia l'espressione oggettivata delle finalità che l'autore o gli autori del contratto intendono perseguire. In quest'ultimo senso la causa appare dunque l'elemento che tecnicamente collega l'operazione economica cui il negozio dà vita, intesa

La pronunzia in epigrafe si inquadra, quindi, nel recente filone con cui la suprema Corte ha rivalutato la causa intesa come funzione economico-individuale²¹, con ciò confermando l'idea che questa ha una imprescindibile ruolo di mediatrice tra la volontà privata e l'ordinamento giuridico, tra libertà e norma²².

4. Causa in concreto e sopravvenienze.

Dopo aver puntualizzato l'elemento causale intorno allo «scopo turistico», la Corte fa un ulteriore passaggio sostenendo che la causa in concreto serve non solo a qualificare il contratto, determinando l'essenzialità di tutte le attività ed i servizi strumentali alla realizzazione del preminente scopo vacanziero, ma assume rilievo anche come criterio di adeguamento e cioè assume decisiva rilevanza per verificare l'incidenza di eventi sopravvenuti che si ripercuotono sullo svolgimento del rapporto come l'impossibilità o l'aggravio della prestazione, l'inadempimento, ecc.

Anche qui il campo è stato ampiamente arato dalla dottrina.

Infatti, se non ricorrono i requisiti dell'impossibilità sopravvenuta di cui agli artt. 1463 e segg. c.c., né quelli dell'eccessività sopravvenuta regolata dagli artt. 1467 e segg. c.c., il sopraggiungere di circostanze capaci di alterare l'equilibrio economico del contratto non dovrebbe ripercuotersi sullo stesso.

Potrebbe, però, verificarsi non una semplice alterazione dell'equilibrio, anche se notevole, ma addirittura la perdita di significato dell'intera operazione economica, nel senso che una parte potrebbe trovarsi debitrice a fronte di una prestazione possibile ma non più in grado di produrre quell'utilità la cui considerazione era stata determinante per la conclusione

del contratto e, soprattutto, che entrambe danno per scontata.

In tale ipotesi, tradizionalmente ricondotta alla figura della presupposizione, appare ingiustificata la persistenza del vincolo.

Diverse sono le costruzioni a cui si è fatto ricorso per giustificare l'inefficacia del contratto: errore bilaterale, condizione non sviluppata, perdita del fondamento del contratto, difetto funzionale della causa, ecc.²³.

Non è questa la sede per affrontare tale complesso dibattito. Quello che è sufficiente mettere in risalto è che la giurisprudenza per lo più rinviene nella presupposizione la stessa *ratio* dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Tale impostazione viene fortemente contrastata perché la disciplina di cui agli artt. 1467 e segg. c.c. non è compatibile né con la sopravvenienza di circostanze prevedibili, né con l'insussistenza originaria delle circostanze presupposte.

Per ovviare a ciò, alcuni, in applicazione del canone della buona fede, ammettono la possibilità della risoluzione del contratto per inesigibilità dell'adempimento; cosa che si avrebbe in tutti i casi in cui pretendere l'adempimento significherebbe far proprio un vantaggio di cui non si sopporta il costo²⁴.

Anche tale impostazione è stata avversata, giacché l'inesigibilità secondo buona fede può essere riferita alla singola prestazione e non potrebbe essere estesa a tutte le ipotesi, come la nostra, in cui viene meno il valore di scambio tra prestazione e controprestazione²⁵.

Di qui l'idea di rileggere le presupposizioni ammettendo la risolvibilità in tutti i casi di inattuabilità dell'operazione economica concordata, per il venir meno

nella sua globalità, ai soggetti che ne sono autori». G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal codice civile 1865 al codice civile 1942)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1986, I, 127. In base a tale assunto, l'idea che la causa del contratto in esame coincida con lo «scopo turistico» o con la «finalità turistica» può essere accolta solo a patto che si traducano tali locuzioni con quella di «funzione turistica». Infatti il nostro sistema si caratterizza per una nozione oggettiva di causa, intesa appunto come la ragione del negozio, e non per una soggettiva, intesa come movente economico perseguito dalle parti. Sul punto G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., 112.

²¹ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. Civ.*, 2007, I, 1985 e segg., con nota di IZZI, *La causa del contratto come funzione economico-individuale* e ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contratto e Impresa*, 2007, 416 e segg.

²² Ampio è il dibattito aricolatosi intorno al tema se i c.d. principi Unidroit, i «Principi di diritto europeo dei contratti» elaborati dalla Commissione Lando e l'*Avant-projet* del *Code européen des contrats* redatto dall'Accademia dei giusprivatisti europei di Pavia coordinati da Giuseppe Gandolfi comportino il definitivo abbandono della causa oppure se non siano estranei ai sistemi così delineati i problemi e le tematiche che sono state tradizionalmente ricondotte dalla figura della causa. G.B. FERRI, *Il Code Européen des Contrats*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2002, 28 e segg.; SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contratto e Impresa*, 2003, 100 e segg.; NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 411 e segg.; GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2005, 511. A tal proposito va sottolineato che la configurazione della causa come funzione

economico-individuale, negando l'idea di funzionalizzazione del contratto ad interessi estranei ai contraenti, meglio si inserisce in tale processo di unificazione dei sistemi giuridici interni. Inoltre, pur a voler aderire alle tesi che ritengono opportuno, per favorire tale processo, l'eliminazione della causa come autonomo elemento del contratto, comunque rimane la necessità di assolvere alla funzione, oltre che storica soprattutto logica, che questa oggi ha. Infatti, il problema della causa «sorge dall'esigenza di inquadrare la struttura del negozio nella sua portata produttiva di effetti; sorge cioè come momento di passaggio necessario al fine di una sua "qualificabilità" da parte dell'ordinamento giuridico, e ciò in funzione di due esigenze fondamentali. Anzitutto della constatazione che l'attività negoziale è attività in cui la volontà del suo creatore ha — bene o male — un rilievo di primissimo piano, e dalla conseguente esigenza che nella determinazione degli effetti, che da questa attività scaturiscono, si tenga conto della volontà. Dall'altro lato, in funzione della necessità di inserire questa attività, sorta in dipendenza della volontà del privato, nell'ordinamento giuridico, cioè nei suoi schemi o nelle sue direttive affinché, attraverso questo inserimento, l'attività stessa assuma il carattere di attività giuridicamente e positivamente rilevante, meritevole, dunque, della tutela dell'ordinamento giuridico». G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., 72 e segg.

²³ Per una rassegna delle diverse tesi: BESSONE e D'ANGELO, voce «Presupposizione», in *Enc. Dir.*, XXXIV, 1986, 326 e segg.; GIRINO, voce «Presupposizione», in *Dig. It.*, XIII, 1966, 776; SERIO, voce «Presupposizione», in *Digesto Civ.*, XIV, 1996, 94 e segg.

²⁴ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969.

²⁵ CABELLA PISU, *op. cit.*, 25.

di circostanze che ne costituivano l'unico fattore determinante²⁶.

5. *L'estinzione per sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione.*

All'interno di quest'ultimo filone si pone la soluzione privilegiata dalla Cassazione.

Quest'ultima, infatti, parte dalla considerazione che l'art. 1174 c.c. stabilisce che la prestazione deve essere diretta a soddisfare un interesse, anche non patrimoniale, del creditore. Tale requisito deve permanere per tutta la durata dell'obbligazione, con l'effetto che il suo sopravvenuto difetto comporta l'estinzione dell'obbligazione²⁷.

Se poi il rapporto obbligatorio trova fonte nel contratto, il venir meno dell'interesse creditorio può determinare l'irrealizzabilità della causa in concreto del medesimo. Infatti, il venir meno dell'interesse creditorio provocato dall'impossibilità di utilizzazione della prestazione non imputabile al creditore, potrebbe assumere una gravità tale da incidere negativamente sull'interesse che risulta anche tacitamente obiettivato nel contratto e che ne connota la sua causa in concreto, con conseguente inevitabile estinzione del negozio.

Ciò significa che, accanto alle ipotesi codificate dell'impossibilità assoluta e relativa che attengono all'oggettività della prestazione, va tenuta distinta quella della risoluzione per impossibilità sopravvenuta di utilizzazione; ipotesi questa che, sebbene non espressamente prevista, discenderebbe dalla stessa struttura dell'obbligazione e del contratto.

Tale figura, sempre secondo l'argomentare della Corte, permetterebbe di adottare soluzioni più flessibili e che, quindi, meglio riescono a gestire l'allocatione dei rischi rispetto alla disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta che fa necessariamente derivare dall'estinzione dell'obbligazione la cessazione degli effetti del contratto.

La distribuzione del rischio andrebbe gestita attraverso l'utilizzo del principio di buona fede nell'esecuzione, dovendo il turista che non avverte tempestivamente il *tour operator* dell'impossibilità di ricevere la prestazione rispondere dei costi a cui quest'ultimo si è esposto.

Tale soluzione presenta il fianco a non poche obiezioni.

Innanzitutto, si disarticola definitivamente la scelta del legislatore del '42 di limitare fortemente il recepimento del principio *rebus sic stantibus*²⁸.

C'è poi il rischio di una ingiustificata disparità di trattamento tra debitore e creditore, soprattutto se si mantiene l'orientamento tradizionale che nega riconoscimento all'impossibilità soggettiva del debitore di effettuare la prestazione.

Si enuclea, poi, una categoria generale di risoluzione dai contorni poco netti che potrebbe aumentare non poco le incertezze degli scambi.

Come visto, la soluzione privilegiata da molti per risolvere casi come il nostro è quella di far ricorso alla

presupposizione. Si tratta di una scelta non completamente soddisfacente per la diversità di declinazioni che può avere tale categoria. Il suo utilizzo, però, impone generalmente il richiamo alla volontà dei contraenti.

Ciò significa che il riferimento alla causa in concreto, intesa come funzione economico-individuale, può valere solo se si tiene ben ferma l'idea che questa deve rimanere all'interno dell'alveo delle visioni oggettive, senza che attraverso di essa si possa dar rilievo a motivi non obiettivizzati in interessi fissati più o meno esplicitamente nel negozio.

L'aver ancorato tale nuova figura di risoluzione alla causa in concreto, poi, deve impedire che questa possa essere utilizzata per avere mani libere alla etero integrazione del contratto, con l'effetto che il giudice non può comunque affermare la risoluzione per l'impossibilità di ricevere la prestazione in base a proprie idee di giustizia contrattuale.

BERNARDINO IZZI

COMODA DIVISIBILITÀ DI IMMOBILI

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 20 giugno 2007, n. 14321 — PONTORIERI *Presidente* — MAZZACANE *Relatore* — UCCELLA P. M. (conf.). — Baire (avv. C. Massacci) - Piscedda (avv. G. Massacci).

Divisione — Divisione ereditaria — Valutazione sulla comoda divisibilità dell'immobile — Al momento della pronuncia giudiziale — Vicende negoziali e trasferimenti di quote tra coeredi successive all'apertura della successione — Rilevanza ai fini della valutazione di divisibilità (C. c. art. 720).

Ai fini della valutazione della comoda divisibilità degli immobili e alla individuazione del maggior quotista, deve aversi riguardo alla situazione esistente al momento della pronuncia giudiziale di divisione e non al tempo dell'apertura della successione, tenendo conto pertanto anche delle successive vicende negoziali e dell'eventuale concentrazione di quote in capo ai coeredi (1).

 *Omissis.* — Il Giudice di Appello, dopo aver premesso che il giudicato interno derivante dalla menzionata sentenza del Tribunale di Cagliari del 22.11.1977 rendeva intangibile la determinazione delle quote sulla cui base effettuare la divisione, ha ritenuto di dover svolgere la valutazione sulla non comoda divisibilità dell'immobile per cui è causa con riferimento alle quote originarie di cui erano titolari i condidenti, senza tener conto quindi dell'accorpamento delle quote degli eredi Baire nonché delle cessioni delle quote intervenute successivamente nel corso del giudizio tra i diversi coeredi, e dunque prescindendo dalla questione relativa alla validità o meno del trasferimento delle quote di cui erano titolari gli eredi Demontis agli eredi Baire; il Tribunale di Cagliari a sostegno del proprio convincimento ha menzionato la pronuncia di questa Corte dell'11.5.2000 n. 6031.

²⁶ CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, Milano, 1997, 418 e segg.

²⁷ GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, rist., 1968, 212 e segg.

²⁸ OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in ID., *Scritti giuridici*, cit., 173 e segg.