

Valentina Corona *

Il contratto di pacchetto turistico

The package travel contract §

L'articolo ha l'obiettivo di offrire una lettura critica delle norme introdotte dal legislatore italiano al fine di regolare gli effetti della pandemia di coronavirus sui contratti di pacchetto turistico. L'analisi è incentrata sull'art. 88-bis del d.l. n. 18/2020 (convertito dalla l. 27/2020), fulcro delle disposizioni emergenziali in materia di turismo e trasporti, che presenta molteplici aspetti problematici derivanti non solo dalla incompatibilità con la disciplina europea, ma anche con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano in materia di contratti e protezione del consumatore. – This contribution aims to provide a critical reading of the provisions introduced by the Italian legislator dealing with the effects resulting from the coronavirus pandemic in package travel contracts. In this context, the attention will be focused in particular on art. 88-bis of the legislative decree n. 18/2020 (as converted into law no. 27/2020) which represents the heart of the emergency provisions for transport, tourism and leisure, and shows many problematic aspects arising not only from the conflict with the European standards, but also from the inconsistency with Italian fundamental principles concerning contracts and consumer protection.

SOMMARIO: 1. La successione dei decreti emergenziali. – 2. Gli elementi di perplessità. – 3. Il voucher. – 4. L'incompatibilità con la normativa europea. – 4.1. Le norme di riferimento. – 4.2. La posizione della Commissione

* Ricercatrice confermata nell'Università di Cagliari – corona@unica.it.

§ Il presente contributo è stato sottoposto a doppio referaggio anonimo – *This article has been submitted to double blind peer review.*

europea. – 5. L'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 6. La modifica dell'art. 88-*bis*. – 7. La paura del contagio e l'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione.

1. La successione dei decreti emergenziali.

Nell'ambito dei provvedimenti emergenziali emanati dal Governo italiano con la decretazione di urgenza, il settore turistico è stato oggetto di particolare attenzione con l'art. 88-*bis* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 «Misure di potenziamento del Sistema Sanitario nazionale e di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», introdotto dalla legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27.

Prima di procedere con l'approfondimento dei suoi contenuti che – com'è noto – sono ampiamente problematici, sembra utile dare conto delle modalità attraverso le quali si è giunti alla sua genesi.

Il primo provvedimento urgente in materia turistica è costituito, infatti, dall'art. 28 del d.l. 2 marzo 2020, n. 9 («Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19») che regolava le modalità di gestione della sopravvenienza nei contratti relativi a titoli di viaggio e pacchetti turistici.

Apparente scopo della norma era ricondurre all'art. 1463 c.c. l'impossibilità di eseguire la prestazione nei contratti di trasporto (aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre) per ragioni di tipo soggettivo (persone sottoposte alla quarantena o alla permanenza domiciliare fiduciaria, residenti nelle c.d. “zone rosse” e soggetti risultati positivi al virus) od oggettivo (soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle zone interdette, ovvero contratti stipulati per la partecipazione a concorsi pubblici, a manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, altri eventi e ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo, religioso, annullati, sospesi o rinviati dalle autorità competenti e contratti stipulati da soggetti intestatari di titoli di viaggio, acquistati in Italia, ed aventi come destinazione Stati esteri in cui fosse impedito lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in conseguenza della situazione emergenziale).

In tutte le ipotesi sopra indicate, i soggetti interessati avrebbero potuto esercitare il diritto di recesso previsto dall'art. 41 cod. tur., relativamente ai pacchetti turistici da eseguirsi durante i periodi di ricovero, quarantena o permanenza domiciliare fiduciaria ovvero di durata dell'emergenza epidemiologica nelle aree interessate dal contagio, e l'organizzatore avrebbe potuto offrire un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore (non anche inferiore)¹, oppure il rimborso nei termini di cui all'art. 41 commi 4 e 6 del medesimo codice o, infine, un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione (art. 28, comma 5).

Stessa dinamica era prevista con riferimento ai contratti di trasporto, con la sola differenza concernente l'introduzione di un termine decadenziale di 30 giorni per la comunicazione al vettore del ricorrere di una delle cause impossibilitanti.

Il comma 9, infine, estendeva il diritto di recesso di cui all'art. 41 comma 4 cod. tur. e l'art. 1463 c.c. ai viaggi di istruzione, anch'essi sospesi, prevedendo anche in questo caso la possibilità di emissione di un voucher sostitutivo del rimborso.

Al d.l. n. 9/2020 ha fatto seguito il d.l. n. 18/2020 (noto anche come decreto "cura Italia"), che all'art. 88 ne ha esteso le disposizioni alle ipotesi di rimborso dei contratti di soggiorno e alla risoluzione dei contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura, nel presupposto che, anche in questi casi, i provvedimenti restrittivi e interdittivi adottati per il contenimento del contagio fossero ipotesi di impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1463 c.c.

Il d.l. n. 9/2020 è stato espressamente abrogato dall'art. 1 comma 2, della l. 24 aprile 2020, n. 27², la quale, invece, ha convertito con modificazioni l'art. 88 del d.l. n. 18/2020 e ha introdotto l'art. 88-*bis* il cui te-

¹ Sarebbe interessante capire se si tratti di un *lapsus calami* o di una precisa scelta, anche se la mancata conversione della norma ne rende inutile l'approfondimento. Si può, tuttavia, notare che nel testo dell'art. 88-*bis* del d.l. n. 18/2020 convertito dalla l. n. 27/2020 – che sostanzialmente riproduce il contenuto dell'art. 28 – compare anche l'ipotesi di pacchetto di qualità inferiore.

² Cfr. il Comunicato del Ministero della Giustizia (20A02431) pubblicato in G.U. (G.U. Serie Generale n. 112 del 2 maggio 2020).

sto, fondamentalmente, riproduce quello dell'art. 28 del d.l. 9/2020 sopra indicato.

Dal punto di vista contenutistico le norme restano sostanzialmente le medesime, a partire dalla inutile declaratoria secondo cui le restrizioni alla libertà personale – derivanti da limitazioni soggettive e oggettive – nonché le cancellazioni, sospensioni o rinvii di viaggi e soggiorni, partecipazioni a concorsi, manifestazioni ed eventi di carattere lusorio, e la chiusura delle frontiere per le vacanze da svolgersi all'estero, costituiscono ipotesi di impossibilità sopravvenuta ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 c.c.

Per quanto concerne specificamente i pacchetti turistici, si conferma che i «soggetti di cui al comma 1» possono esercitare il diritto di recesso dai relativi contratti e che – accanto al rimborso stabilito dall'art. 41, commi 4 e 6 cod. tur. – l'organizzatore possa offrire un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore, ovvero emettere un voucher. Si precisa, tuttavia, che in deroga a quanto disposto dall'art. 41 comma 6, l'emissione del voucher possa essere posticipata al momento in cui il tour operator abbia, a sua volta, ricevuto i rimborsi o voucher dai singoli fornitori dei servizi (in ogni caso non oltre 60 giorni dalla data prevista per l'inizio del viaggio).

Il comma 7 dell'art. 88-*bis* invece, ribadisce quanto già previsto dall'art. 88 del d.l. 18/2020, relativamente al diritto di recesso riconosciuto all'organizzatore (ai sensi dell'art. 41, comma 5 lett. *b*, cod. tur.) per i viaggi con destinazione estera in cui sia impedito lo sbarco, l'approdo o comunque l'arrivo, e più in generale quando l'esecuzione del contratto sia impedita per *factum principis*. Ancora una volta si prevede che i rimedi sinallagmatici siano rappresentati dal solito pacchetto sostitutivo, dal rimborso o dal voucher (anche in questo caso posticipabile al momento in cui il rimborso o voucher sia a sua volta emesso dal fornitore del servizio e comunque entro 60 giorni).

La stessa disciplina è estesa dal comma 8 ai viaggi di istruzione, con una importante eccezione: nel caso di viaggi riguardanti la scuola dell'infanzia o le classi terminali della scuola primaria e secondaria (primo e secondo grado), non è ammesso il voucher ma è possibile solo il rimborso.

Con una norma di chiusura, poi, il comma 11 estende il rimedio del voucher a tutti i rapporti contrattuali rientranti nelle fattispecie di cui

all'art. 88-*bis*, anche al di fuori delle ipotesi espressamente regolate, e aventi effetto dall'11 marzo al 30 settembre 2020, la cui esecuzione sia resa impossibile in ragione degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica.

La reale natura del voucher – vero e proprio cavallo di battaglia di tutto l'art. 88-*bis* – è svelata, tuttavia, solo quasi alla fine dell'articolo, perché è solo al comma 12 che si stabilisce che la sua emissione «assolve i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario».

Dell'originario art. 28 del d.l. 9/2020, infine, viene riproposta la qualificazione delle disposizioni dell'art. 88-*bis* quali sono norme di applicazione necessaria ai sensi dell'art. 17 della l. 31 maggio 1995, n. 218, e dell'art. 9 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008³.

Già dalla semplice lettura emergono i primi dubbi perché, accanto ad alcune (più o meno) veniali imprecisioni terminologiche, ci sono aspetti di carattere sostanziale che creano forte imbarazzo a causa della totale incompatibilità con i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico.

³ Sul problema relativo all'autodichiarazione quale «norma di applicazione necessaria» non è possibile soffermarsi in questa sede. In ogni caso, se è vero che in tal modo il legislatore garantisce il primato delle norme in questione rispetto ad altre convenzionalmente scelte, è altrettanto innegabile che la qualificazione non sia idonea a proteggerle dalla supremazia del diritto europeo con le quali si pongono in contrasto. Né sarebbe possibile richiamare la teoria dei c.d. contro limiti – che obbligherebbe il diritto comunitario a cedere rispetto a quello nazionale – perché in questo caso non si tratta di principi fondamentali sull'assetto costituzionale dell'ordinamento interno. In proposito cfr. *infra* la segnalazione dell'AGCM. Tra l'altro tali norme si scontrerebbero con altre norme di applicazione necessaria di rango europeo, quali quelle previste in materia di protezione dei consumatori. Sul punto cfr. A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle legge italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Zürich, 1998, 172 e ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, 126 ss.

2. *Gli elementi di perplessità.*

Il primo dubbio indotto dall'incipit dell'art. 88-*bis* deriva dal richiamo all'art. 1463 c.c., norma sulla quale esiste una sconfinata letteratura e rispetto alla quale – nell'elaborazione derivante dai suoi quasi 80 anni di vigenza – nessuno mai dubiterebbe che una pandemia possa costituire un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta.

Più in particolare si tratterebbe di una tipica ipotesi di *factum principis*, inteso quale provvedimento legislativo o amministrativo che renda impossibile l'esecuzione della prestazione. Sotto tale profilo, la limitazione della libertà di movimento delle persone e il divieto di esercizio di qualunque attività commerciale non indispensabile sono stati tali da incidere sui contratti in essere rendendo le prestazioni definitivamente impossibili (totalmente o parzialmente) o, in certi casi, temporaneamente impossibili, eccessivamente onerose o, ancora, determinando la sopravvenuta impossibilità di ricevere la prestazione o la sopravvenuta carenza di interesse⁴.

D'altra parte non si comprende per quale motivo il legislatore abbia sentito l'esigenza di precisare gli effetti della pandemia solo sui contratti di trasporto, soggiorno e pacchetti turistici, e non anche in relazione ad

⁴ Sul c.d. *factum principis* cfr. G. ANNUNZIATA, *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, Padova, 2011, 73 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore, Commento sub artt. 1218-1222, Comm. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, 359; L. TANDOI, *Impossibilità sopravvenuta parziale e factum principis*, in *Contr.*, 2004, 12, 1105 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, in Comm. Scialoja-Branca, (Art.1218-1229)*, Bologna-Roma, 1979, 80 ss. e 106; G. VEIRANA, *Factum principis e impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 2, 915 ss.; L. CABELLA PISU, *Spunti sul factum principis e la responsabilità del debitore*, in *Foro pad.*, 1972, 9, 615 ss.; G. ALPA, *"Factum principis" e impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Foro pad.*, 1971, 10, 849 ss. In giurisprudenza, secondo l'orientamento consolidato l'ordine o divieto di autorità ha l'efficacia liberatoria del debitore solo se sia sopravvenuto e se non era ragionevolmente prevedibile al momento dell'assunzione dell'obbligazione ovvero se, rispetto ad esso, siano state sperimentate tutte le possibilità per vincere gli effetti ostativi. In proposito, di recente, cfr. Cass., 8 giugno 2018, n. 14915, in *Dir. giust.*, 2018; Cass. civ., 25 maggio 2017, n. 13142, in *Giust. civ. Mass.*, 2017, Cons. Stato Sez. VI, 18 gennaio 2018, n. 294.

altre fattispecie più problematiche (come ad esempio i contratti di locazione ad uso commerciale), come se la disciplina del codice civile non fosse stata sufficiente a regolare le conseguenze di un evento talmente eccezionale da sostanziare una ipotesi di scuola, vero e proprio caso limite da non porre alcun dubbio interpretativo.

L'art. 1256 c.c. è chiaro sul punto: l'obbligazione si estingue se diviene impossibile per una causa non imputabile al debitore e, se l'impossibilità è solo temporanea, l'estinzione si produce egualmente se perdura tanto che, in relazione al titolo o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione o il creditore non ha più alcun interesse a conseguirla.

Se poi l'obbligazione divenuta impossibile si trova in rapporto sinallagmatico con altra prestazione corrispettiva, l'art. 1463 c.c. esplicita la logica conseguenza derivante dall'art. 1256 c.c. e, quindi, accanto alla liberazione del debitore – che la norma dà per presupposta – si prevede la corrispondente liberazione del creditore – a sua volta debitore della controprestazione – ovvero la restituzione di quanto già corrisposto secondo le norme sulla ripetizione dell'indebito.

La norma richiama la complessa tematica del rischio contrattuale – noto anche come rischio dell'impossibilità nei contratti a prestazioni corrispettive, di cui sono sinonimi rischio della controprestazione e rischio in senso tecnico⁵ – e concerne il problema relativo all'esistenza del diritto alla controprestazione da parte del debitore, nel caso in cui la prestazione sia divenuta impossibile per un fatto a lui non imputabile⁶.

⁵ G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, 30; G.A. RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989, 4.

⁶ Tale nozione non è condivisa da chi considera che la perdita della controprestazione non sarebbe suscettibile di sostanziare un vero e proprio sacrificio giuridico perché si tratterebbe solo di uno strumento necessario al riequilibrio del sinallagma contrattuale. Secondo S. ORLANDO, *Rischio e vendita internazionale*, Milano, 2002, 36, nota 31, anche la dottrina che non critica tale nozione, tuttavia, la ignora o la menziona in modo quasi incidentale. In proposito si richiamano R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, 976; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, Milano, 1990, 396, per il quale la regola generale dell'art. 1463 c.c. non addossa il rischio a nessuna delle parti, laddove il rischio dell'impossibilità grava sul creditore in mora nella *mora credendi*. Tale problema

In definitiva, il rischio è costituito dal pericolo di un sacrificio, consistente nella perdita patrimoniale che consegue alla sopravvenuta impossibilità della prestazione. Sulla base di tale premessa si deve cercare di comprendere quali siano le sue implicazioni in rapporto ai diversi tipi di obbligazione, problema che – nelle obbligazioni bilaterali – si incentra sulla sorte del diritto alla controprestazione⁷.

tradizionalmente viene risolto col richiamo dell'art. 1463 c.c. disposizione che, pur non facendo alcun riferimento espresso al rischio, ne presuppone l'esistenza, in quanto la perdita della controprestazione costituisce un sacrificio; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni, I. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti di obbligazione*, Milano 1953, 171; G.A. RESCIO, *op. cit.*, 31-32; G. GORLA, *op. cit.*, 29. In proposito, secondo A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Milano, 2000, 35 ss., è interessante verificare se sia possibile parlare di rischio anche con riferimento alla difficoltà di esecuzione. Il problema è strettamente connesso al concetto di esigibilità, nel senso che l'originario equilibrio voluto dalle parti deve essere rispettato sulla base di un limite che, se oltrepassato, genera una sproporzione tale che la prestazione è trasformata in una prestazione diversa e sostanzialmente al di fuori della normale attività del debitore. Di conseguenza un problema di rischio si pone ogni volta in cui si verifichi una difficoltà nell'esecuzione della prestazione, vuoi a causa di un evento sopravvenuto, vuoi per un fatto preesistente alla stipulazione ma sconosciuto alle parti, che renda più difficile l'esecuzione. Cfr. P. GALLO, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 8 ss., per il quale, da un punto di vista economico, l'efficienza di un'attività presuppone che il suo costo complessivo sia inferiore ai benefici che ci si attende dalla stessa. In caso contrario la soluzione economicamente più adeguata consiste nel sospendere l'attività, così che il rischio viene trasferito con la revisione del contratto.

⁷ È evidente che proprio questo ambito costituisce il campo di elezione della tematica del rischio, nella sua accezione più tradizionale e ristretta, anche perché nelle obbligazioni unilaterali il discorso investe la responsabilità del debitore e l'efficacia liberatoria degli eventi generatori di impossibilità. In esse, infatti, la questione del rischio si esaurisce nella definizione della situazione che si crea in capo al debitore della prestazione divenuta impossibile per causa non imputabile, nel senso che si tratta di comprendere se egli sia definitivamente liberato da ogni obbligazione o se, al contrario, rimanga tenuto all'equivalente della prestazione inadempita. Nella ricostruzione di G. GORLA, *op. cit.*, 29 ss., si evidenzia che vi sarebbe, comunque, un aspetto comune

Sotto tale profilo è unanimemente riconosciuto che la codificazione vigente abbia accolto il principio del *casum sentit debitor*, sia nelle norme generali sia in quelle speciali⁸, ed estende, quindi, i rimedi sinallagmatici a tutte le fattispecie caratterizzate da una interdipendenza delle attribuzioni patrimoniali, inserendo – da un punto di vista sistematico – l'impossibilità sopravvenuta tra le patologie del sinallagma funzionale comportanti la risoluzione del contratto. La liberazione del debitore, in ossequio al principio sinallagmatico e a quello di equità, non poteva che liberare il creditore dall'obbligo di eseguire la controprestazione⁹.

È dunque chiaro che, se a seguito dei provvedimenti adottati dal Governo per la gestione dell'emergenza le prestazioni riferibili a tutti i contratti in essere sono divenute impossibili, non si può non applicare l'art. 1463 c.c. con la conseguente estinzione dell'obbligazione relativa alla controprestazione ovvero il sorgere del diritto alla restituzione di quella che sia già stata eseguita. Sin qui, dunque, niente di nuovo.

L'art. 88-*bis* prosegue con una indicazione – che non si comprende se sia tassativa o esemplificativa – delle ipotesi che darebbero luogo

costituito, in entrambi i rapporti, dalla perdita, da parte del creditore, del lucro cessante quale conseguenza della liberazione del debitore. Restano intatte tutte le altre differenze per quanto concerne il danno temuto che, in caso di obbligazioni unilaterali, si esaurisce nella perdita della prestazione e del suo equivalente (quindi comprensivo del lucro cessante), mentre in quelle bilaterali si può estendere anche all'impoverimento che deriva dall'obbligo di eseguire la controprestazione.

⁸ Il principio sarebbe il parametro anche nelle prestazioni di durata, in quanto si fonderebbe sulla gradualità di esecuzione della prestazione, così che il venir meno della controprestazione si riferirebbe al periodo in cui si presenta l'impossibilità. Cfr. G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 244; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, 375; L. MOSCO, *La costituzione di un diritto reale di godimento a titolo oneroso e la sopravvenuta impossibilità della prestazione*, in *Dir. giur.*, 1948, 298.

⁹ G.A. RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale*, cit., 29-31, richiama la liberazione al codice (n. 241) per la quale: «la irresponsabilità del debitore per il fortuito non deve portare ad altra conseguenza che alla sua liberazione; appare invero iniquo e contrario alla stessa natura del sinallagma costringere il creditore a eseguire la sua controprestazione malgrado sia mancata la prestazione corrispettiva. Del resto tutti i codici moderni hanno seguito tale regola».

all'impossibilità. Ancora una volta si tratta di una disposizione inutile perché si riferisce a sopravvenienze riconducibili al *factum principis* con ripercussioni di carattere soggettivo od oggettivo: soggetti sottoposti a quarantena, permanenza domiciliare, divieto di allontanamento, ovvero soggetti che avrebbero dovuto partecipare a concorsi o manifestazioni di varia natura annullati, sospesi o rinviati, e soggetti intestatari di titolo di viaggio o acquirenti di pacchetti turistici aventi come destinazione Stati esteri, in cui sia impedito o vietato l'arrivo.

In realtà la norma trascura un dato fondamentale, e cioè che i provvedimenti adottati per il contenimento del contagio hanno impedito a tutti coloro che si trovavano nel territorio italiano di muoversi dal luogo di residenza o domicilio perché, dopo una iniziale individuazione delle c.d. zone rosse localizzate in alcune regioni del nord Italia, gli spostamenti sono stati vietati in tutta la nazione, salvo casi comprovati di necessità (essendo conseguentemente soppressi i relativi collegamenti marittimi, aerei e ferroviari). Correlativamente sono state chiuse le frontiere, e i medesimi provvedimenti interdittivi sono stati presi in ambito europeo ed extraeuropeo, con particolari restrizioni proprio per chi giungesse dall'Italia.

La reale situazione, dunque, fa emergere come l'elencazione contenuta nel comma 1 sia del tutto superflua se non addirittura fuorviante, perché individuare specificamente alcune categorie di soggetti sembra escludere che la medesima disciplina possa applicarsi alla totalità delle persone che si trovavano in Italia al momento del c.d. *lockdown* e che, parimenti, non hanno potuto godere delle prestazioni contrattuali, non tanto e non solo perché si trattava di attività sospese o soppresse, quanto perché nessuna attività poteva essere svolta a causa della pressoché totale interdizione della libertà di spostamento¹⁰.

¹⁰ In particolare il d.P.C.M. 22 marzo 2020, nel prevedere ulteriori misure attuative del d.l. 23 febbraio 2020 n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale, da un canto ha sospeso tutte le attività professionali e quelle produttive industriali e commerciali, con alcune eccezioni per alcuni settori ritenuti essenziali (art. 1 lett. *a*), dall'altro ha imposto il divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con qualunque mezzo di trasporto in un comune diverso da quello in cui attualmente si trovassero, salve comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza o per motivi di salute (lett. *b*).

Premesso, dunque, che gli effetti della pandemia su tutti i contratti in essere (e non solo quelli contemplati dall'art. 88-*bis*) non possono che ricadere nella disciplina generale degli artt. 1463, 1464 e 1467 c.c., le specifiche previsioni riferite esclusivamente ai contratti di trasporto, soggiorno e ai pacchetti turistici si traduce – in assenza di adeguata giustificazione – in una violazione del principio di eguaglianza per una classe di consumatori rispetto ad altri.

Questa considerazione porta ad un secondo rilievo critico, benché meramente terminologico, costituito dal fatto che il legislatore ha accuratamente e strategicamente evitato di utilizzare alcuni termini come «consumatore», «passeggero» e «viaggiatore» che avrebbero creato un contrasto ancora più evidente con la codificazione di una pesante deroga ai diritti restitutori previsti per legge¹¹.

In tutto l'art. 88-*bis* si fa un costante e ripetitivo riferimento ai «soggetti» per contraddistinguere la parte debole del contratto e meritevole di maggiore protezione¹² mentre, curiosamente, i professionisti sono

¹¹ La parola «viaggiatore» compare solo 3 volte nei commi 6, 7 e 8, laddove si riproduce il contenuto dell'art. 41 cod. tur., nella parte in cui prevede l'offerta di un pacchetto sostitutivo.

¹² Sotto tale profilo la direttiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 90/314/CEE del Consiglio, prevede alcuni *consideranda* che chiariscono in modo univoco quale sia la *ratio* dell'intervento normativo: «L'articolo 169, paragrafo 1, e l'articolo 169, paragrafo 2, lettera a), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) stabilisce che l'Unione deve contribuire ad assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori mediante misure adottate a norma dell'articolo 114 TFUE. / La direttiva 90/314/CEE lascia un'ampia discrezionalità agli Stati membri per quanto riguarda il recepimento. Ne consegue che sussistono grandi divergenze tra le legislazioni degli Stati membri. La frammentazione giuridica comporta costi maggiori per le imprese e ostacoli per quelle che vogliono operare oltre frontiera, limitando quindi la scelta dei consumatori. / A norma dell'articolo 26, paragrafo 2, e dell'articolo 49 TFUE, il mercato interno deve comportare uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci e dei servizi, nonché la libertà di stabilimento. Armonizzare i diritti e gli obblighi derivanti dai contratti relativi a pac-

indicati col loro nome specie per quanto riguarda il *vettore* e l'*organizzatore di pacchetti turistici*.

Si deve rilevare che le imprecisioni lessicali e giuridiche disseminate nell'art. 88-*bis* sono molteplici.

Ad esempio nei commi 5, 6 e 7, laddove si enumerano i rimedi sinallagmatici conseguenti alla risoluzione del contratto, si prevede la improbabile possibilità di offrire un pacchetto turistico o un servizio ricettivo sostitutivo (di qualità equivalente, superiore o inferiore)¹³.

chetti turistici e a servizi turistici collegati è necessario per promuovere, in tale settore, un effettivo mercato interno dei consumatori che raggiunga il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela per questi ultimi e la competitività delle imprese. / Attualmente nell'Unione non ancora è pienamente sfruttata la dimensione transfrontaliera del mercato dei pacchetti turistici. Le disparità delle norme che tutelano i viaggiatori nei vari Stati membri disincentivano i viaggiatori di uno Stato membro ad acquistare pacchetti e servizi turistici collegati in un altro Stato membro e, analogamente, scoraggiano organizzatori e venditori in uno Stato membro dal vendere tali servizi in un altro Stato membro. Per consentire a viaggiatori e professionisti di beneficiare appieno del mercato interno, assicurando un livello elevato di protezione dei consumatori in tutta l'Unione, è necessario ravvicinare ulteriormente le legislazioni degli Stati membri relative ai pacchetti e ai servizi turistici collegati. / La maggior parte dei viaggiatori che acquistano pacchetti o servizi turistici collegati sono consumatori ai sensi del diritto del consumo dell'Unione. D'altro canto, non sempre è agevole distinguere tra consumatori e rappresentanti di piccole imprese o liberi professionisti che prenotano viaggi legati alla loro attività commerciale o professionale tramite gli stessi canali usati dai consumatori. Questo tipo di viaggiatori spesso necessita di un livello di tutela analogo. Invece, vi sono imprese o società che definiscono le modalità di viaggio in base a un accordo generale, spesso concluso per numerosi servizi turistici o per un periodo determinato per esempio con un'agenzia di viaggio. Quest'ultimo tipo di servizi turistici non richiede il livello di protezione stabilito per i consumatori. Pertanto, la presente direttiva dovrebbe applicarsi a coloro che viaggiano per scopi professionali, compresi i liberi professionisti, o ai lavoratori autonomi o altre persone fisiche, qualora non definiscano le modalità di viaggio in base a un accordo generale. Al fine di evitare confusione con la definizione di "consumatore" usata in altra legislazione dell'Unione, è opportuno definire le persone protette dalla presente direttiva come "viaggiatori".

¹³ Se si considerano in particolare i commi 6 e 7 dell'art. 88-*bis*, emerge anche una certa confusione lessicale. Si dispone, infatti che l'organizzatore, *in al-*

Si tratta di un particolare rimedio di tipo satisfattivo previsto dall'art. 40, comma 2 cod. tur. nel caso in cui, prima dell'inizio del viaggio, l'organizzatore sia costretto a modificare in modo significativo una o più caratteristiche dei servizi facenti parte del pacchetto, ovvero non riesca a soddisfare le specifiche richieste del viaggiatore come inserite nel contratto o, infine, qualora chieda un incremento di prezzo superiore all'8%, e il viaggiatore non accetti la modifica e decida di recedere.

Ebbene, prevedere la possibilità per l'organizzatore di porporre un pacchetto sostitutivo di altro viaggio reso impossibile dal *factum principis* (di carattere talmente ampio da comprendere provvedimenti restrittivi di tipo soggettivo e oggettivo) sembra essere del tutto inutile, dal momento che nessun viaggio si sarebbe potuto effettuare a causa delle misure interdittive nazionali e internazionali. Nell'economia della norma prevista dal codice del turismo, infatti, il pacchetto sostitutivo ha un senso solo se può essere fruito al posto di quello originario, la cui esecuzione – si badi bene – resta comunque possibile, per quanto con caratteristiche differenti da quelle contrattualmente convenute. Pertanto, sebbene non sia espressamente previsto, la *ratio* del pacchetto sostitutivo è quella di consentire al consumatore di viaggiare nello stesso periodo pianificato per la vacanza, in modo da permettere la fruizione delle ferie o, più in generale, per non vanificare la programmazione – magari non ripetibile – del tempo disponibile per le vacanze. Prevedere un pacchetto sostitutivo per una data da destinarsi, dunque, ha davvero poco senso, perché a quel punto sarebbe sufficiente posticipare il pacchetto originario. Proprio per casi come quello in esame, in cui nessun viaggio può essere fatto nell'immediato, il rimborso consente una maggiore libertà di scelta quando sarà possibile fare la vacanza¹⁴.

ternativa al rimborso previsto dall'art. 41, commi 4 e 6 cod. tur. possa offrire un pacchetto sostitutivo, oppure possa *procedere al rimborso* o emettere un voucher.

¹⁴ A titolo esemplificativo e solo per comprendere le dimensioni del fenomeno, si deve ricordare che già il 25 febbraio 2020 alcuni Paesi come l'Austria, le Mauritius, il Kuwait, la Thailandia e la Corea del sud avevano stabilito un divieto di ingresso agli italiani. Dopo soli tre giorni i Paesi che hanno previsto il divieto assoluto sono moltiplicati: Arabia Saudita, Iraq, Israele, Libano, Giordania; Bahrain, El Salvador, Turkmenistan, Capo Verde, Seychelles, e così via. In ogni caso, anche volendo ipotizzare la possibilità di ingresso in altro Paese,

In ogni caso, anche ammettendo la teorica possibilità di offrire un pacchetto sostitutivo, il legislatore emergenziale ha trascurato che, ai sensi dell'art. 40 comma 5, il consumatore è libero di non accettarlo e ottenere il rimborso *senza ingiustificato ritardo* e, in ogni caso, entro 14 giorni dal recesso.

Per le ipotesi di impossibilità – come quelle contemplate dall'art. 88-*bis* – le norme di riferimento sono solo quelle previste dai commi 4 e 5 lett. (b) dell'art. 41 cod. tur. che consentono, rispettivamente, al viaggiatore e all'organizzatore di risolvere il contratto per il sopravvenire di circostanze inevitabili e straordinarie nel luogo di destinazione (o nelle immediate vicinanze) che incidano in modo sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto verso la destinazione medesima. Il viaggiatore, da un canto, non dovrà corrispondere spese di recesso ma avrà diritto al rimborso integrale di quanto pagato (senza diritto ad alcuna indennità perché si tratta di eventi non imputabili all'organizzatore o, comunque, dei quali egli non risponde). Parimenti l'organizzatore potrà recedere offrendo il rimborso integrale, ma senza dover pagare indennizzi ulteriori.

Relativamente a tali ipotesi – è bene evidenziarlo – il codice del turismo non contempla alcun pacchetto sostitutivo ma prevede solo il rimborso¹⁵.

resta da chiarire se la fondata paura del contagio abbia reso comunque impossibile – da punto di vista della causa in concreto – la possibilità di fruire di un pacchetto sostitutivo. Su tale aspetto si tornerà più approfonditamente *infra*.

¹⁵ Nella direttiva (UE) 2015/2302 il considerando 31 contempla proprio l'eventualità che intervengano delle circostanze inevitabili e straordinarie che abbiano un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto e, a titolo esemplificativo, enumera i problemi di sicurezza come il terrorismo, i rischi significativi per la salute umana quali *il focolaio di una grave malattia nel luogo di destinazione* o calamità naturali come inondazioni, terremoti o condizioni meteorologiche che non consentono di viaggiare in sicurezza verso la destinazione. Per questa eventualità si prevede la possibilità per il viaggiatore di risolvere il contratto senza penali. Tale considerazione trova puntuale codificazione nell'art. 12, paragrafo 2.

3. *Il voucher.*

Dall'analisi finora svolta sull'art. 88-*bis* del c.d. decreto "cura Italia" sono emersi alcuni aspetti di grave imprecisione, e si sono intravviste anche alcune criticità sulle quali, a questo punto, è necessario soffermarsi.

Tra queste la vera incognita è rappresentata dall'elemento di novità introdotto dalla norma, costituito da un non meglio definito voucher che il professionista (vettore, albergatore o organizzatore di viaggi) avrebbe il diritto di emettere nei confronti del consumatore, in alternativa al rimborso di quanto pagato per la prestazione divenuta impossibile.

Cosa sia esattamente il voucher non è chiaro: promessa di pagamento; ricognizione di debito; documento di legittimazione; titolo improprio o atipico; *datio in solutum*, e simili.

Il problema deriva dal fatto che il nostro ordinamento giuridico conosce e regola l'istituto del voucher solo nel contesto del diritto del lavoro, come modalità di retribuzione speciale per il lavoro occasionale.

Nell'ambito dei contratti turistici, invece, il voucher è utilizzato nella prassi operativa quale documento rilasciato dalle agenzie di viaggio ai clienti, con lo scopo di consentire la fruizione di una serie di servizi prepagati come il diritto a pasti, soggiorni ed escursioni.

In pratica si tratta di ordinativi di servizio contenenti una ricevuta di un pagamento già effettuato ad un intermediario (ossia l'agenzia di viaggi). La loro funzione, dunque, è totalmente diversa da quella introdotta dal legislatore emergenziale, per il quale il voucher è un'alternativa al rimborso del contratto divenuto impossibile, considerato che, ai sensi del comma 12, l'emissione del voucher assolve l'obbligo restitutorio e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del consumatore.

Premesso che, come si vedrà tra breve, la previsione di un voucher – che forse, dal punto di vista terminologico, sarebbe stato più opportuno denominare «buono» – è totalmente in contrasto con la disciplina europea, anche dal punto di vista dell'ordinamento interno sono molte le perplessità, a partire proprio dalla sua compatibilità con quell'art. 1463 c.c., vero e proprio cardine dichiarato della disciplina in esame.

In pratica si richiama e, contemporaneamente, si deroga al principio restitutorio attraverso l'introduzione di un istituto sconosciuto, di cui però non si prevede alcuna disciplina¹⁶.

In realtà proprio l'assenza di disciplina sembra deporre per una totale discrezionalità rimessa al professionista che, esattamente come decide di non eseguire il rimborso ma di emettere il voucher, allo stesso modo sia l'unico arbitro della sua utilizzazione.

La previsione, dunque, deroga ai principi fondamentali del diritto dei contratti e, in particolare, contrasta con gli obblighi di restituzione scaturenti dall'esercizio di un rimedio contrattuale, lasciando sopravvivere un contratto la cui causa è stata retroattivamente rimossa per effetto del combinato disposto degli artt. 1463 e 1458 c.c.

A prescindere dal fatto che l'obbligazione non sia mai esistita o sia venuta a mancare in un momento successivo, la prestazione deve essere restituita secondo la disciplina della *condictio indebiti*¹⁷. La disciplina

¹⁶ Ad esempio, non si chiarisce se il buono possa essere oggetto di cessione a terzi ai sensi dell'art. 1260 c.c. (eventualmente anche come titolo atipico o improprio), né se possa essere convertito in denaro qualora il consumatore si trovi nella totale impossibilità di fruire della prestazione. Si pensi all'ipotesi di chi abbia contratto la malattia e, conseguentemente, abbia dovuto trascorrere un lungo periodo di cure intensive e di conseguente riabilitazione. È chiaro che tale soggetto difficilmente può trovarsi nelle condizioni di utilizzare il buono entro il termine annuale, né avrà alcun interesse ad utilizzarlo verosimilmente anche in un tempo successivo.

¹⁷ In tal senso cfr. E. MOSCATI, in L. ARU - E. MOSCATI - P. D'ONOFRIO, *Delle obbligazioni, Art. 2028-2042*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 119 e, in particolare, la nota 6 per l'ampia ricostruzione casistica. Cfr. *amplius* L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, il quale evidenzia come la dottrina abbia valorizzato l'art. 1463 c.c. quale unica disposizione univoca sulla disciplina degli indebiti, individuando nel pagamento dell'indebitito il prototipo su cui modellare tutto il regime delle obbligazioni restitutorie. *Ex multis* cfr. E. MOSCATI, *Indebito (pagamento dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 83 ss. M. LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 115; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitito*, Milano, 1974, 236 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, 290; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Il diritto nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, *I contratti in generale*, XIII, Torino, 2000, 181 ss.; A. ALBANESE, *Il pa-*

dell'indebito, a sua volta, è tale da comprendere sia la ripetizione di somme di danaro e di cose, sia di ogni altra prestazione che non abbia più una causa giustificatrice¹⁸.

L'art. 1463 c.c., di conseguenza, pone in capo al debitore un'obbligazione restitutoria di quanto conseguito a titolo di controprestazione e, se il suo oggetto era costituito da una somma di danaro, sarà quella somma a dover rientrare nel patrimonio del creditore, esattamente come ribadito dall'art. 1227, comma 1, c.c. per il quale «i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale»¹⁹.

gamento dell'indebito, Padova, 2004, 419 ss.; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1459, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger (continuato da Busnelli), Milano, 2007, 674.

¹⁸ Che la *condictio indebiti* sia riferibile a ogni genere di prestazione emergerebbe da molteplici elementi. In proposito D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 15, Napoli, 2004, 187, richiama il riferimento ai frutti contenuto nell'art. 2033 comma 2, c.c., estendendo in tal modo la sua portata alle prestazioni di dare. Ancora, per E. MOSCATI, *Delle obbligazioni*, cit., 166, altri indici si ricavano dagli artt. 2034 e 2035 c.c. in cui si trova genericamente il riferimento alla ripetizione della «prestazione».

¹⁹ Tale norma, può essere derogata solo ed esclusivamente nel caso in cui vi sia una manifestazione di volontà espressa o presunta in tal senso. In proposito si deve ricordare che fino al 2007, secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario anche la consegna di assegni al posto dei contanti poteva essere, in via di principio, lecitamente rifiutata, e tale rifiuto non poteva essere considerato contrario al dovere di correttezza ex art. 1175 c.c. proprio perché il creditore conseguirebbe una prestazione *diversa* rispetto a quella pattuita. Sul punto, tuttavia, sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione che, con la sentenza 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Foro it.*, vol. 131, n. 2, 2008, p. 503 ss., nell'accogliere le istanze di velocizzazione dei rapporti giuridici in rapporto a sistemi alternativi di pagamento, hanno sostenuto l'esigenza di una interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata dell'art. 1227 c.c., che attribuisca alla norma un significato più consona alla mutata realtà, così che «sono ammissibili altri sistemi di pagamento purché garantiscano al creditore il medesimo effetto del pagamento per contanti e, cioè, forniscano la disponibilità della somma di danaro dovuta». Pertanto il rifiuto dell'assegno cir-

È chiaro che gli interrogativi sono molteplici: in particolare ci si chiede se la emissione del voucher abbia un effetto *pro solvendo* o *pro soluto*; se la indeterminatezza della prestazione sottesa al buono trasformi l'alea normale del contratto in un vero e proprio contratto aleatorio, anche in ragione delle perduranti incertezze in ordine alla possibilità di una recrudescenza dei contagi (la c.d. seconda ondata); vi è poi il problema relativo alle concrete modalità di fruizione di questo voucher e, in particolare, se sia utilizzabile a semplice richiesta o se presupponga particolari condizioni; ancora, cosa accada in caso di insolvenza o fallimento del debitore.

Ma l'interrogativo principale è cosa accada qualora in capo al creditore non sussista più alcun interesse alla prestazione. Da questo punto di vista si deve ricordare che i contratti in questione – e in particolare proprio il pacchetto turistico – hanno una speciale caratterizzazione perché presuppongono una causa di svago e divertimento che, in un contesto internazionale come quello generato dalla pandemia, possono trovare diverse cause impeditive.

Come si vedrà in seguito, la finalità turistico-ricreativa che caratterizza la causa del contratto di viaggio ha delle importanti ripercussioni in ordine all'impossibilità di fruizione della prestazione derivante, ad esempio, dalla paura del contagio, o dal timore di non poter far rientro al proprio domicilio a seguito di non improbabili e repentini provvedimenti internazionali, nazionali o locali limitativi della libertà di circolazione.

Mantenere vincolato il turista a una prestazione futura e incerta, rispetto alla quale non solo non sussiste alcun interesse, ma che addirittura genera sentimenti incompatibili con la realizzazione della causa contrattuale – che lo si ribadisce è lo svago e il benessere psicofisico – viola la causa del contratto e conseguentemente ogni principio che attiene alla certezza del diritto, soprattutto considerando che coinvolge un consumatore.

Ci si deve, allora, chiedere se lo *ius superveniens* possa incidere retroattivamente sui contratti in corso, prevedendo delle norme ai danni del

colare può essere ritenuto contrario alla buona fede perché è certa la sicurezza e il buon fine dell'assegno. Nel caso di specie, però, il voucher non è un assegno circolare.

consumatore, e assumendo sostanzialmente i contenuti di una clausola vessatoria (sia *sub specie* generale di cui all'art. 33, comma 1, perché determina un significativo squilibrio dei diritti e obblighi derivanti dal contratto, sia *sub specie* di cui al comma 2, lett. *b*), cod. cons., perché esclude le azioni e i diritti del consumatore nei confronti del professionista in caso di inadempimento).

In tal modo il legislatore emergenziale ha del tutto trascurato di considerare che, se al tempo della stipulazione, il consumatore avesse saputo che per quel contratto la legge avrebbe limitato i suoi diritti restitutori e dunque la sua tutela nei confronti del professionista, tale conoscenza avrebbe avuto effetti decisivi sul consenso, determinandone la totale mancanza ovvero incidendo sull'equilibrio del sinallagma contrattuale e sulle condizioni della stipulazione.

Sulla protezione europea del consumatore in generale non sembra possibile indugiare in questa sede, anche se merita di essere sottolineato che, proprio con riferimento alle clausole vessatorie, la direttiva n. 93/13/CEE del 5 aprile 1993 del Consiglio, rifiuta l'idea – e quindi esclude a priori – che una legge nazionale di uno Stato membro possa contenere disposizioni equiparabili, quanto ad effetti, alle clausole abusive²⁰. Tanto ciò è vero che, ai sensi dell'art. 6, par. 2, si attribuisce agli Stati UE un ruolo attivo, obbligandoli a prendere le misure affinché questa protezione – garantita a livello europeo – non sia inficiata da leggi di Paesi terzi applicabili al contratto, laddove questo presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro.

Tale puntualizzazione, dunque, preclude la possibilità di richiamare l'art. 34, comma 3, cod. cons. laddove esclude la vessatorietà delle clausole riprodotte di disposizioni di legge ovvero riprodotte di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o

²⁰ Cfr. (n. 12): «considerando che si parte dal presupposto che le disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri che disciplinano, direttamente o indirettamente, le clausole di contratti con consumatori non contengono clausole abusive; che pertanto non si reputa necessario sottoporre alle disposizioni della presente direttiva le clausole che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative nonché principi o disposizioni di convenzioni internazionali di cui gli Stati membri o la Comunità sono parte».

l'Unione europea. Come si vedrà a breve, infatti, l'art. 88-*bis* viola i quattro regolamenti europei che tutelano il passeggero aereo, marittimo, ferroviario e su autobus, nonché la direttiva (UE) 2015/2302 sui pacchetti turistici e i servizi collegati.

Con le disposizioni previste dall'art. 88-*bis* il presupposto di tutto il sistema di protezione del consumatore viene conseguentemente a crollare, perché introduce una norma avente l'effetto di una clausola abusiva e, più in generale, in aperto contrasto con la disciplina europea vigente in materia di trasporti e turismo. Sotto tale profilo, infatti, merita di essere ricordato che tra gli obiettivi fondamentali del TFUE vi è quello di *promuovere e assicurare* un elevato livello di protezione dei consumatori, relativamente alla salute, sicurezza e *interessi economici* (art. 169, ex art. 159 del TCE). In tale contesto, ai singoli Stati si consente di mantenere o introdurre *solo* quelle misure idonee a garantire una protezione più rigorosa, e in ogni caso compatibili con il Trattato (cfr. par. 4). Anche in una prospettiva di tutela del mercato è chiaro che una legislazione che introduca meccanismi di squilibrio contrattuale ai danni dei consumatori non può che avere effetti distorsivi della concorrenza.

Infine, come già accennato, la disciplina prevista dall'art. 88-*bis* reca con sé un grave sospetto di illegittimità per violazione dell'art. 3 Cost. In particolare, il comma 11 estende la sua applicazione anche al di fuori dei casi previsti dai commi da 1 a 7, a tutti i contratti di trasporto, di soggiorno e di pacchetto turistico conclusi dall'11 marzo al 30 settembre 2020 nell'intero territorio nazionale, anche per prestazioni da rendere all'estero ovvero in favore di contraenti provenienti dall'estero²¹.

In sostanza il 24 aprile 2020 il Parlamento italiano ha fatto una previsione rispetto all'andamento della pandemia, stabilendo che, fino al 30 settembre 2020, tutti i contratti di trasporto e turismo possano essere risolti per impossibilità sopravvenuta, nel qual caso si applica il rimedio

²¹ Probabilmente utilizzata la data in cui l'OMS ha dichiarato la pandemia, ma tale ufficializzazione ha scarsa rilevanza rispetto alla situazione che si era già venuta a creare a livello internazionale. Già il 30 gennaio 2020 l'OMS aveva dichiarato la pandemia di COVID-19 una *emergenza sanitaria pubblica di rilevanza internazionale*. Cfr. www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen. Il *dies a quo* utilizzato dalla Commissione europea è, invece, il 1° marzo 2020. Cfr. *infra*.

restitutorio del voucher obbligatorio. Poiché la individuazione di tali date non è adeguatamente motivata per giustificare un trattamento giuridico diverso (*in peius* per i consumatori) è chiaro che il risultato finale consiste in una illegittima sperequazione ai danni di una categoria di soggetti, in ragione del tempo in cui hanno stipulato il contratto: da una parte i «soggetti» dei commi 1 e 11 dell'art. 88-*bis*, dall'altra tutti i restanti consumatori.

I primi, infatti, sono costretti a dover accettare il voucher come rimedio sinallagmatico conseguente all'impossibilità sopravvenuta; i secondi, invece, ossia quelli che hanno stipulato un contratto prima dell'11 marzo 2020 (e quelli che lo faranno dopo il 30 settembre 2020) hanno diritto al rimborso così come previsto dal codice civile, dal codice del turismo e dalla disciplina comunitaria in materia di trasporto e turismo. Non si comprende, infatti, dove sussista l'elemento di discriminazione che legittima un trattamento differente di chi abbia acquistato il pacchetto turistico il 10 marzo 2020 per prestazioni da svolgersi nel periodo di restrizioni emergenziali e chi invece lo abbia acquistato il giorno successivo.

4. *L'incompatibilità con la normativa europea.*

4.1. *Le norme di riferimento.* Come si è già anticipato, anche a voler prescindere dalle considerazioni svolte finora in merito all'incompatibilità delle norme previste dall'art. 88-*bis* con i principi di diritto interno, oltre che con quelli europei relativi alla protezione del consumatore in generale, la previsione della liberazione del debitore attraverso l'emissione di un voucher *obbligatorio*, che prescinde dal consenso o accettazione del consumatore, viola la disciplina europea dei contratti di trasporto e turismo che specificamente hanno regolato questa eventualità.

Limitando l'indagine al contratto di viaggio, è indubbio che esista un contrasto con la direttiva (UE) 2015/2302 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, ed in particolare con le norme che disciplinano il diritto al rimborso.

Rileva, dunque, specificamente l'art. 12 in materia di risoluzione del contratto e diritto di recesso che, al paragrafo 2, contempla l'ipotesi di

risoluzione del viaggiatore conseguente al verificarsi di circostanze inevitabili e straordinarie, verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze con una incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione. Al paragrafo 3, lett. b), invece, consente la risoluzione da parte dell'organizzatore se il contratto sia divenuto impossibile per circostanze inevitabili e straordinarie.

In entrambi i casi *il viaggiatore ha diritto al rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto*, senza diritto a indennizzi supplementari, considerato che la causa dell'impossibilità non è imputabile all'organizzatore né rientra fra quelle di cui risponde.

In relazione a tali ipotesi il paragrafo 4 precisa che l'organizzatore deve procedere a tutti i rimborsi senza indebito ritardo e, in ogni caso, entro 14 giorni dalla risoluzione del contratto.

La parola rimborso non sembra lasciare alcuno spazio per forme alternative di restituzione e, correlativamente, il termine massimo previsto non consente al legislatore nazionale di prevedere che l'organizzatore possa posticiparlo fino al momento in cui riceverà – a sua volta – il rimborso o il voucher da parte dei singoli fornitori dei servizi che componevano il pacchetto o di prolungarlo fino ai 60 giorni.

Per tale ragione, i commi 6 e 7 dell'art. 88-*bis* non derogano semplicemente a quanto previsto dall'art. 41, comma 6, del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, ma violano la normativa europea che sta a monte del codice del turismo. Di conseguenza, anche chi intendesse sostenere che lo stato di necessità abbia consentito al legislatore emergenziale di derogare alle norme generali, individuando con grande accuratezza gli spazi in cui tale disciplina potrebbe operare, non può che fermarsi di fronte al contrasto con le norme eurounitarie²².

²² Cfr. ad esempio A. PEPE, *Contratti di viaggio e del tempo libero: tutele e rimedi a fronte dell'emergenza sanitaria da coronavirus*, 2, in *Diritto Virale – Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19*, su www.giuri.unife.it/it/coronavirus/diritto-virale [4 maggio 2020], il quale nel rilevare l'incompatibilità con la disciplina europea, sembra comunque avere un atteggiamento tendenzialmente indulgente laddove, ad esempio, afferma «in linea generale, la disciplina così introdotta cerca di contemperare l'interesse dei fruitori dei servizi a non perdere l'utilità economica del servizio acquistato e non goduto con l'interesse a

Fatta questa premessa, vi è un ulteriore aspetto che, sebbene in modo meno immediato, merita di essere valorizzato perché espressione di un principio di carattere generale. L'art. 12, par. 1, della direttiva impone agli Stati l'obbligo di assicurare che il viaggiatore *possa risolvere il contratto in ogni momento prima dell'inizio del pacchetto*, eventualmente pagando le spese di risoluzione adeguate e giustificabili (che, ovviamente, non sono mai dovute qualora si verificano eventi che legittimano il recesso o la risoluzione, come in caso di modifica delle condizioni contrattuali o di sopravvenienze impeditive).

In sostanza si sancisce in favore del viaggiatore il diritto generalizzato di recedere dal contratto, ossia di liberarsi da un vincolo rispetto al quale non sussiste più alcun interesse (eventualmente pagando le spese che ne conseguono). Se ciò è corretto, stabilire che l'organizzatore possa tenere vincolato il viaggiatore ad una prestazione turistica indeterminata (qual è quella sottesa al voucher) in luogo dello scioglimento del contratto e della restituzione di quanto pagato a causa di una sopravvenienza non imputabile, contrasta senza ombra di dubbio con la previsione della direttiva, oltre che con la legge nazionale che le ha dato attuazione all'interno del codice del turismo.

Altro aspetto di conflitto con la disciplina europea è la previsione del termine decadenziale di 30 giorni, per la comunicazione da parte del viaggiatore del diritto di recesso.

L'art. 4 della direttiva n. 2015/2302 prevede infatti un divieto generalizzato per gli Stati membri di mantenere o introdurre disposizioni nazionali diverse da quelle previste dalla stessa, sia che comportino una *deminutio* di tutela del viaggiatore sia che abbiano lo scopo di rinforzarla.

Salvo, dunque, che sia diversamente ed espressamente disposto, il legislatore europeo ha inteso garantire la uniformità di disciplina vietando ogni norma nazionale che, *in melius* o *in peius*, incida sulla tutela del viaggiatore²³.

contenere le perdite, proprio degli operatori di settore, già duramente colpiti a causa del *lockdown* da una forte riduzione degli incassi».

²³ Cfr. correttamente A. PEPE, *Contratti di viaggio e del tempo libero: tutele e rimedi a fronte dell'emergenza sanitaria da coronavirus*, 4.

Si tratta di una norma di chiusura che condanna in modo definitivo le previsioni della normativa italiana.

4.2. *La posizione della Commissione europea.* Era chiaro che la Commissione europea non avrebbe tardato ad intervenire e – sebbene ci si attendesse sin da subito un’azione diversa e più severa – il 13 maggio 2020 è stata emanata una raccomandazione sui buoni alternativi al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia²⁴.

Prima ancora della raccomandazione, però, il 19 marzo la medesima Commissione aveva provveduto a pubblicare alcuni orientamenti interpretativi relativi alla direttiva sui pacchetti turistici, in cui si ribadiva che, in caso di risoluzione del contratto dovuta al diffondersi dell’epidemia, il viaggiatore conservava il diritto di ottenere il pieno rimborso di qualsiasi pagamento fatto per il pacchetto. Tuttavia, considerata la peculiare condizione di difficoltà economica dei tour operators dovuta alla mancanza di nuove prenotazioni, si invitavano i turisti a considerare la possibilità di accettare uno spostamento della data di esecuzione del viaggio ovvero, stante la particolare situazione di incertezza, di ricevere una nota di credito – c.d. “voucher” – fermo restando il diritto di chiedere il pieno rimborso nel caso in cui quel voucher non fosse utilizzato. Si sottolineava, in ogni caso, l’opportunità che i voucher fossero protetti da apposita garanzia per il caso di insolvenza o fallimento²⁵.

L’esigenza della Commissione di intervenire nuovamente con la raccomandazione del 13 maggio 2020 deriva, in realtà, proprio dall’approvazione di alcune leggi nazionali che, come quella italiana, hanno previsto il sistema del voucher obbligatorio. Quindi non più

²⁴ C(2020) 3125 final disponibile su ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation_vouchers_it.pdf.

²⁵ Tali orientamenti sono disponibili su ec.europa.eu/info/sites/info/files/coronavirus_info_ptd_19.3.2020.pdf. Per completezza si ricorda che il 18 marzo 2020, specifici orientamenti interpretativi sono stati pubblicati per quanto concerne le modalità di applicazione dei regolamenti europei sui diritti dei passeggeri in relazione alle cancellazioni e ritardi connessi all’epidemia. Cfr. C(2020) 1830 final disponibile su ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/c20201830_it.pdf.

orientamenti di tipo applicativo necessari a regolare i rapporti contrattuali tra vettori e passeggeri all'indomani del dilagare dei contagi, ma una raccomandazione agli Stati, che suona come un monito inespresso.

Il presupposto è che i divieti di viaggio nazionali e le restrizioni alle frontiere hanno determinato un ampio numero di cancellazioni con gravi ripercussioni sui vettori, sugli organizzatori e sugli altri prestatori di servizi turistici inclusi nel pacchetto. Contemporaneamente, però, si prende atto che il grave impatto economico ha colpito molti viaggiatori che, in conseguenza della riduzione delle attività economiche, hanno visto diminuire il loro reddito (sia come datori di lavoro che come lavoratori).

In relazione a tale situazione si ribadisce che, secondo la normativa europea sui pacchetti turistici, la risoluzione del contratto dovuta a circostanze inevitabili e straordinarie attribuisce al viaggiatore il diritto al rimborso integrale in denaro *senza indebito ritardo* e comunque entro 14 giorni, salvo che accetti il buono offertogli dall'organizzatore. Lo stesso diritto al rimborso in denaro permane con riferimento alle ipotesi di risoluzione del contratto che sia stata cagionata dalle modifiche del pacchetto.

Considerando che la situazione finanziaria degli operatori turistici sarebbe ulteriormente aggravata dalle richieste di rimborso, la Commissione invita gli Stati membri ad intervenire, innanzi tutto con l'adozione di regimi di sostegno nel rispetto delle norme in materia di aiuti di Stato²⁶.

Si suggerisce in proposito di concedere aiuti «de minimis» a norma del regolamento (UE) n. 1407/2013 e, per quanto concerne specificamente il problema della liquidità, la Commissione interviene direttamente con un quadro temporaneo per le misure di aiuti di Stato a sostegno dell'economia basato sull'articolo 107, paragrafo 3, lettera b) del Trattato, che si giustifica in ragione del grave turbamento economico degli Stati membri²⁷.

²⁶ Tra le varie misure cfr. punto 21 della Raccomandazione in cui sono contemplate sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali, garanzie statali sui prestiti e prestiti pubblici agevolati. Ancora, per il fabbisogno urgente di liquidità soprattutto delle PMI si prevede che gli Stati membri possano concedere – fino ad un valore di 800.000 euro per impresa – prestiti a tasso zero o garanzie su prestiti per il 100% del rischio, oppure partecipare al capitale di tali imprese.

²⁷ Il primo intervento è del 19 marzo 2020. Cfr. *Comunicazione della Commissione – Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia*

In tale contesto è particolarmente interessante proprio la dichiarata finalizzazione del sostegno di Stato alla soddisfazione delle domande di rimborso fatte dai viaggiatori, in modo da garantire la parità di trattamento.

In conclusione, premesso, confermato e ribadito il diritto del viaggiatore di chiedere il rimborso in denaro, si suggerisce agli Stati membri di intervenire – oltre che ai fini della protezione in caso di insolvenza dell'organizzatore soddisfacendo le richieste di rimborso dei viaggiatori – anche per rendere più attraenti i buoni sostitutivi. Pertanto, con riferimento a tutte le cancellazioni, modifiche o risoluzioni a partire dal 1° marzo 2020 per motivi legati alla pandemia di COVID-19, si riafferma che i buoni possano costituire una alternativa al rimborso ma solo se presentino alcune caratteristiche. In primo luogo dovrebbero avere un periodo minimo di validità di 12 mesi, fermo restando l'obbligo dell'organizzatore di provvedere al rimborso senza ritardo – e comunque entro 14 giorni dalla scadenza – qualora il buono non sia stato riscattato, in tutto o in parte. Qualora la durata sia superiore, il viaggiatore dovrebbe avere il diritto di chiederne il rimborso entro 12 mesi dalla data di emissione e in ogni momento successivo, e gli organizzatori dovrebbero valutare la possibilità di riconoscere lo stesso diritto anche prima di tale termine, ovvero di riconoscere buoni per un valore superiore rispetto al pacchetto originario in modo da renderli più appetibili.

A parte l'opportunità di prevedere la possibilità di cessione senza costi aggiuntivi, i viaggiatori dovrebbero altresì poter utilizzare il buono per qualsiasi nuova prenotazione, anche per servizi da prestarsi dopo la scadenza e, in generale, per qualsiasi pacchetto turistico offerto dall'organizzatore o di altri operatori facenti parte dello stesso gruppo di società.

nell'attuale emergenza del COVID-19 (GU C 91I del 20.3.2020, pag. 1). Un nuovo intervento è avvenuto il 3 aprile (*Comunicazione della Commissione – Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19* (GU C 112I del 4.4.2020, pag. 1); e il terzo l'8 maggio (*Comunicazione della Commissione – Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della Covid-19, C (2020)3156 final*).

In ogni caso i buoni – da consegnare su supporto durevole – dovrebbero specificare in modo chiaro tutti i diritti connessi.

La raccomandazione si chiude con l'invito rivolto alle organizzazioni dei consumatori e degli imprenditori a livello nazionale ed europeo ad incoraggiare i viaggiatori ad accettare, al posto del danaro, i buoni che presentino le caratteristiche sopra indicate ma, soprattutto, si prevede che le autorità degli Stati membri – compresi gli organismi preposti all'applicazione della legge – contribuiscano a informare le parti interessate anche per garantire l'applicazione della raccomandazione.

Nonostante la chiara posizione della Commissione, la disciplina del voucher è rimasta immutata, ragion per cui non desta alcuna sorpresa l'apertura – in data 2 luglio 2020 – di due procedimenti di infrazione. Il primo, rivolto contro l'Italia e la Grecia, concerne il mancato rispetto delle norme europee in materia di tutela dei diritti dei passeggeri²⁸. La seconda procedura, invece, è rivolta a 10 Stati (Italia, Francia, Croazia, Cipro, Grecia, Lituania, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Slovacchia) per violazione dell'art. 12, par. 4 della direttiva (UE) 2015/2302 sui pacchetti turistici.

5. L'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

La situazione di perdurante illegittimità dell'art 88-bis, non poteva non attirare l'attenzione di altri soggetti istituzionali, tra cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, il 27 maggio 2020, è scesa in campo nell'esercizio del suo potere di segnalazione, relativamente *alle criticità della disciplina emergenziale prevista dall'art. 88-bis del d.l. n. 18/2020 convertito con modificazioni dall'art. 1 comma 1 della l. 27/2020.*

Si tratta di una segnalazione che non aggiunge nulla di nuovo rispetto a quanto finora evidenziato ma che, in ogni caso, presenta un certo interesse per le conseguenze che potrebbero derivarne.

²⁸ Più precisamente si evidenzia che Italia e Grecia avrebbero violato le norme relative al trasporto aereo e per le vie navigabili, mentre solo l'Italia avrebbe violato anche quelle sul trasporto via autobus e ferroviario. Cfr. ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_20_1212.

In particolare, dopo aver rilevato la contrarietà della disciplina in esame alle norme eurounitarie, laddove si prevede l'obbligo per il consumatore di accettare il buono con contestuale soppressione del diritto al rimborso, si esclude che sia possibile offrire una «lettura o interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata». In sostanza si delegittima a priori ogni tentativo di giustificazione basato su non meglio identificati principi superiori di rango costituzionale.

La conseguenza è che, a fronte del permanere del contrasto, il Garante si dichiara costretto ad intervenire in funzione di protezione dei consumatori in modo da assicurare l'applicazione corretta delle norme europee, e dunque disapplicando la normativa nazionale incompatibile.

Si deve ricordare che il potere di disapplicazione è stato riconosciuto dalla Corte di Giustizia UE nel 2003²⁹, allorquando si è chiarito che in presenza di comportamenti di imprese in contrasto con il Trattato, che siano imposti o favoriti da una normativa nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti, un'autorità nazionale proposta alla tutela della concorrenza cui sia stato affidato il compito, in particolare, di vigilare sul rispetto degli art. 81 e 82 CE (oggi artt. 101 e 102 TFUE), ha l'obbligo di disapplicare tale normativa nazionale.

In tal caso, se si tratta di comportamenti imposti dalla legge, le imprese non possono essere sanzionate, a meno si tratti di comportamenti successivi alla decisione di disapplicare le norme contrastanti col diritto europeo. Le sanzioni possono, altresì, essere inflitte in relazione a comportamenti pregressi, qualora siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati dalla legge statale, pur tenendo in conto le specifiche circostanze del contesto normativo di riferimento. Questo implica, nel caso di specie, che se la previsione del voucher è nata con l'intento di aiutare le imprese in difficoltà, l'effetto finale è quello di esporre le imprese me-

²⁹ Sentenza 9 settembre 2003, in causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a seguito del rinvio pregiudiziale fatto dal TAR Lazio con ordinanza del 4 aprile 2001, n. 2919. Con tale pronuncia si legittima una reazione per i casi in cui le norme statali – sia legislative che regolamentari – siano in contrasto con la disciplina europea, così mettendo in discussione il primato del diritto comunitario, tanto che l'obbligo di disapplicazione che ne consegue spetta a tutti gli organi statali, non solo giurisdizionali ma anche amministrativi.

desime alle sanzioni del Garante, come dimostra l'avvio di diversi procedimenti istruttori e sub-cautelari nei confronti di alcuni vettori terrestri ed aerei.

Resta, altresì, fermo il dovere di ogni altra autorità nazionale, soprattutto giurisdizionale, di disapplicare la legge in contrasto col diritto europeo, e dunque riconoscere ai consumatori i diritti restitutori loro spettanti in base alla direttiva.

Ciò che merita di essere sottolineato è che ci si trova dinanzi ad un'Autorità nazionale che dichiara espressamente, e senza offrire alcuna possibilità di giustificazione, che le norme previste dall'art. 88-*bis* del decreto *Cura Italia* sono contrastanti con la normativa europea e ciò postula la sua disapplicazione da parte di ogni Autorità amministrativa e giurisdizionale, fino ad ipotizzare – si potrebbe aggiungere – l'intervento interpretativo della Corte di Giustizia.

6. *La modifica dell'art. 88-bis.*

L'occasione per rimediare alla situazione venutasi a creare con l'apertura delle procedure di infrazione poteva cogliersi nella conversione del c.d. “decreto rilancio” avvenuta con la legge 17 luglio 2020, n. 77, di “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”.

Effettivamente l'art. 3-*bis* si occupa dell'art. 88-*bis* del d.l. 18/2020 prevedendo una serie di emendamenti che, in spregio di quanto evidenziato dalla Commissione europea e dall'AGCM, non hanno eliminato le cause del contrasto, perché il voucher continua ad essere obbligatorio.

In particolare si prevede una estensione della sua validità a 18 mesi, con efficacia retroattiva per i buoni già emessi ma non ancora utilizzati. Si modifica, inoltre, la dinamica dell'emissione e la sua tempistica, prevedendosi che «nei casi previsti dai commi 1 a 7 e comunque per tutti i rapporti inerenti ai contratti di cui al presente articolo instaurati con effetto dall'11 marzo al 30 settembre 2020» qualora il recesso sia esercitato entro il 31 luglio 2020 (in ragione dell'impossibilità della prestazione causata dagli effetti della pandemia), la controprestazione già ricevuta

può essere restituita mediante il voucher da emettersi entro 14 giorni dalla data del recesso, senza che rilevi in alcun modo l'accettazione o consenso del consumatore. Una volta decorsi 18 mesi dall'emissione, i voucher che non siano stati utilizzati potranno essere rimborsati entro 14 giorni dalla scadenza, salvo che si tratti dei buoni già emessi sotto il vigore dell'originario art. 88-*bis* e relativi a prestazioni di trasporto (aereo, ferroviario, terrestre o per acqua), per i quali il rimborso potrà avvenire decorsi 12 mesi.

Si può agevolmente notare che anche tali modifiche presentano molti aspetti di incertezza. Laddove prima si prevedeva l'estensione della disciplina anche fuori dei casi previsti dai commi 1-7, la formulazione attuale si riferisce ai soli casi contemplati da tali commi, ma «comunque per tutti i rapporti inerenti ai contratti di cui al presente articolo instaurati con effetto dall'11 marzo al 30 settembre 2020» per i quali il recesso sia esercitato entro il 31 luglio 2020. A parte la perplessità lessicale relativa al significato della locuzione «*contratto instaurato con effetto dal... al...*», non si comprende se tale ambito temporale riguardi solo l'esecuzione delle prestazioni turistiche o anche la stipulazione del contratto. Se la risposta fosse nel primo senso, si renderebbe, allora, necessario stabilire se e fino a quando rilevi la data di stipulazione, anche perché deve esserci un coordinamento con il termine del recesso stabilito nel 31 luglio 2020.

Senza indugiare oltre sui nuovi interrogativi posti dalle modifiche normative si può evidenziare che, il Parlamento italiano – nel confermare l'impiego di una tecnica legislativa discutibile e oscura – ha colto solo una parte dei suggerimenti della Commissione UE³⁰, tralasciando di codificare il più importante, ossia quello che generava il contrasto con la normativa europea: il buono non può essere emesso se non vi sia il consenso della controparte che ha diritto alla restituzione. In assenza di tale presupposto l'estensione della durata del voucher assume ancor più il carattere di un finanziamento forzato, imposto dalla legge, da parte

³⁰ In tale chiave deve essere letta l'introduzione dell'art. 12-*ter* che istituisce presso il Ministero per i beni e le attività culturali un fondo per l'indennizzo dei consumatori titolari di voucher non utilizzati o non rimborsati a causa dell'insolvenza o del fallimento dell'operatore turistico o del vettore.

dei consumatori alle imprese ed avente una durata minima di 18 mesi (che in realtà diventano quasi 19 se si sommano i 14 giorni previsti per l'emissione del voucher ai 14 finali per il rimborso).

Se le istituzioni europee esortavano gli Stati a rendere il buono più appetibile, in modo da stimolare i consumatori ad accettarlo volontariamente e a preferirlo al rimborso immediato, è chiaro che il legislatore italiano non abbia affatto inteso il suggerimento, e ciò che desta maggiormente stupore è che la modifica normativa sia intervenuta dopo l'apertura della procedura di infrazione, dove è indicato a chiare lettere il motivo della violazione.

7. La paura del contagio e l'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione.

Un ultimo aspetto su cui è indispensabile soffermarsi è il modo in cui la previsione del voucher obbligatorio sia compatibile con la causa del contratto di pacchetto turistico.

Sono trascorsi tredici anni da quando la Suprema Corte si occupò di definire la causa del contratto di viaggio in rapporto ad una sopravvenienza di tipo epidemico che ne rese impossibile la fruizione³¹.

Si tratta della famosa “sentenza Dengue”, definita come il primo arresto che avrebbe ufficialmente aperto il filone giurisprudenziale che ha portato ad affermare l'esistenza di un principio implicito nel nostro ordinamento, che parificherebbe all'impossibilità sopravvenuta della prestazione la impossibilità di fruizione della prestazione medesima. Il ca-

³¹ Cass. civ., sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315, in *Dir. tur.*, 2007, 375, con nota di G. BENELLI, *La risoluzione del contratto di viaggio per impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della vacanza*, in *Giur. it.*, 2008, 1133, con nota di B. IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze del contratto di viaggio vacanza tutto compreso*, in *Contratti*, 2008, 241, con nota di C. CAVAJONI, *La «finalità turistica» come causa in concreto del contratto di viaggio*, in *Danno e resp.*, 2008, 845, con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*. Sul tema cfr. M. ARRIGO, *Sopravvenuta impossibilità di beneficiare della prestazione: ovvero la discussa “liberalizzazione” della risoluzione contrattuale nei contratti sinallagmatici*, in *Jus Civile*, 2019, 4, 300 ss.

so, com'è noto, si riferiva al recesso di due turisti dal contratto di pacchetto turistico determinato dal sopravvenire di un'epidemia di dengue presso l'isola di Cuba, vicenda in cui la Corte ebbe a chiarire che la finalità turistica non costituisce un mero motivo del contratto – inteso come interesse che induce il soggetto alla stipulazione – ma si oggettivizza e diviene elemento che il contratto è chiamato a soddisfare funzionalmente, ossia diviene la causa concreta del contratto.

Nel caso in oggetto, la fondata paura del contagio avrebbe inciso sulla causa concreta del contratto di viaggio, con ricadute talmente gravi sulla finalità turistica da annientarla, rendendo conseguentemente impossibile la fruizione della prestazione e dunque l'intero contratto³².

In tale occasione la Corte evidenziò che, attraverso la causa concreta, è possibile utilizzare un criterio di adeguamento del contratto nel caso in cui sopravvengano degli eventi in grado di incidere negativamente sul rapporto che, laddove siano tali da far venir meno l'interesse del creditore, determinano la risoluzione per mancanza sopravvenuta di un elemento funzionale, ossia per irrealizzabilità della causa concreta.

In altre parole, la sopravvenienza dell'epidemia ha reso impossibile non il viaggio in sé, ma la possibilità di fruirne da parte dei viaggiatori in quanto la fondata paura del contagio ha vanificato la ragione del viaggio facendo venir meno la causa concreta.

Molte altre sentenze hanno successivamente ribadito e precisato il principio, soprattutto per quanto concerne gli esatti contorni della causa concreta del contratto di viaggio, da intendersi come scopo di piacere, in un contesto in cui la vacanza – bene tutelato dalla disciplina comunitaria – «assume un particolare valore esistenziale nella vita delle persone che dedicano la maggior parte del loro tempo al lavoro»³³.

³² Sulla causa concreta del contratto di viaggio cfr. anche V. CORONA, *La tipizzazione della «finalità turistica» tra presupposizione e criteri di ripartizione del rischio*, in *Dir. tur.*, 2008, 353.

³³ Cass. civ., sez. III, 24 aprile 2008, n. 10651, in *Dir. tur.*, 2008, 349, con commento critico di V. CORONA, *op. cit.* In realtà, in tale circostanza la Cassazione si è spinta forse troppo oltre, sostenendo che la sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione deve essere affermata anche quando vengono meno «i presupposti estrinseci della vacanza che rendono rilevanti e utili i servizi offerti dal tour operator». Nel caso di specie si trattava della impossibilità di fruire

La inutilizzabilità della prestazione sottesa al contratto di pacchetto turistico è stata anche in tempi recenti riaffermata dalla Suprema Corte laddove ha confermato che entrambe le parti possono chiedere «la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c.» non solo quando l'impossibilità abbia colpito l'esecuzione della prestazione, ma anche qualora si riferisca alla utilizzabilità della prestazione da parte del creditore, così da fare venir meno il suo interesse e dando luogo alla sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui si sostanzia la causa concreta del contratto, con conseguente estinzione dell'obbligazione³⁴.

del mare a causa dello sversamento di greggio avvenuto al largo della costa. Sempre in senso critico cfr. anche V. MARICONDA, *Contratto di viaggio, mare sporco e diritti del consumatore*, in *Corr. giur.*, 2008, n. 10, 1399-1404; F. ROMEO, *Il contratto di viaggio e risarcimento del danno*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Padova, 2011, 267-268. Cfr. Cass. civ., Sez. III, 20 dicembre 2007 n. 26958, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 531, con nota di S. NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*; in *Corr. giur.*, 2008, 921, con nota di F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*; in *Contratti*, 2008, 786, con nota di L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*; in *Obbl. e contr.*, 2009, 29, con nota di F. PAROLA, *Risoluzione del contratto turistico e impossibilità di utilizzazione della prestazione*; in *Contr. impr.*, 2009, 151, con nota di E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*. Per la giurisprudenza di merito cfr. per tutte Trib. Firenze, 22 maggio 2019 n. 1581 con particolare riferimento al sopravvenire di circostanze eccezionali che rendono rischiosa la destinazione (nel caso di specie si trattava di una guerra civile che rendeva pericoloso il viaggio). Secondo il Tribunale tale sopravvenienza produce l'impossibilità del contratto per irrealizzabilità della finalità in cui consiste la sua causa concreta, venendo dunque meno la finalità turistica del contratto di viaggio, finalizzato all'ottenimento del benessere psico-fisico che solo il pieno godimento della vacanza, lo svago e il riposo possono realizzare.

³⁴ Cass. civ., sez. I, 10 luglio 2018, n. 18047, annotata da M. DELLACASA, *Impossibilità di fruire della prestazione non imputabile al creditore e risoluzione del contratto*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, III ed., a cura di C. Granelli, Milano, 2019, 375 ss.; S.P. CERRI, *Irrealizzabilità del contratto di pacchetto turistico e cau-*

Secondo la Cassazione, dunque, l'art. 1463 c.c. ha «una funzione di protezione in relazione alla parte impossibilitata a fruire della prestazione pattuita e ciò è funzionale, in linea generale, proprio alla ricostituzione del sinallagma compromesso, non spostando l'ambito contrattuale della responsabilità». In tale contesto il giudizio sulla impossibilità della prestazione postula la valutazione della possibilità per il creditore di soddisfare il suo credito.

Non deve stupire che proprio quello turistico sia l'ambito in cui, all'interno della protezione offerta dall'art. 1463 c.c., sia stata enucleata l'ipotesi di impossibilità di utilizzazione della prestazione in funzione della tutela del contraente debole, in rapporto a un difetto genetico o funzionale del sinallagma.

Il contratto di pacchetto turistico, infatti, costituisce oramai una fattispecie tipizzata la cui causa è rappresentata dal fine di svago. Se dunque tale finalità è compromessa dopo la stipulazione da un evento sopravvenuto non imputabile, gli effetti risolutivi sono i medesimi sia quando la prestazione diviene impossibile oggettivamente sia quando la prestazione diviene impossibile dal punto di vista soggettivo secondo una valutazione oggettivizzata. Nel primo caso, l'impossibilità rileva sotto il profilo del debitore perché *ex art. 1256 c.c.* è liberato e, conseguentemente, il contratto si risolve. Nel secondo caso, invece, la prospettiva è quella del creditore rispetto al quale rileva la sopravvenuta carenza di interesse *ex art. 1174 c.c.*, che rappresenta comunque un elemento essenziale del contratto³⁵.

sa in concreto, in *Diritto e processo*, 2018, 325 ss., e 343, in cui si evidenzia come la causa contrattuale non è più considerata in termini di funzione economico-sociale del contratto ma meglio rappresenta il motivo oggettivo al momento della stipulazione, cui si accompagna la tendenza a considerare il rimedio dell'art. 1463 c.c. come strumento generale per tutte le ipotesi di sopravvenuta mancanza dell'elemento funzionale del contratto. Tale orientamento è stato ancor più recentemente ribadito da Cass. Civ., sez. III, 29 marzo 2019, n. 8766, con riferimento alla definitiva interruzione di uno spettacolo lirico all'Arena di Verona a causa di avverse condizioni atmosferiche.

³⁵ In tal senso cfr. le acute osservazioni di S.P. CERRI, *Irrealizzabilità del contratto di pacchetto turistico e causa in concreto*, cit., 339, 340.

La causa in concreto, dunque, opera come criterio di adeguamento del contratto e consente di attribuire rilevanza a tutti gli eventi che hanno riflessi negativi sullo svolgimento del rapporto perché incidono sull'interesse del creditore fino a farlo venir meno integralmente se, *sulla base di criteri di normalità e avuto riguardo alle circostanze del caso*, è chiara la impossibilità della sua realizzazione³⁶.

È chiaro che la non imputabilità dell'evento che produce la inutilizzabilità della prestazione costringe il debitore a sopportare le conseguenze negative della sopravvenienza, senza che sia possibile prevedere un meccanismo di tipo indennitario³⁷. Si tratta, come si è già detto, di un problema di allocazione del rischio che vede nel debitore – nel caso di specie l'organizzatore del pacchetto – il soggetto che in base alla disciplina europea del contratto di viaggio deve sopportare gli «strumenti di riequilibrio della sinallagmaticità del contratto e di tutela dell'effettività di una prestazione avente un rilevante valore immateriale per il consumatore»³⁸.

In conclusione, anche dopo il graduale venir meno delle restrizioni alla libertà di spostamento, per molti viaggi ricadenti sotto il vigore dell'art. 88-*bis* (ossia quelli stipulati tra l'11 marzo e il 30 settembre 2020) è ipotizzabile che, una volta tornata possibile la prestazione turistica in sé, il viaggiatore abbia perso l'interesse pratico a viaggiare per la fondata paura del contagio e, quindi, sussista l'impossibilità di fruire di quella prestazione.

Inoltre, tale considerazione deve essere rapportata alla fruibilità del voucher emesso per compensare la mancata esecuzione della prestazione. Non si capisce, infatti, come sia possibile obbligare il consumatore a «smettere di avere paura» entro il periodo di validità del buono: la vacanza che costituisce uno dei termini del sinallagma contrattuale deve essere tale da garantire una fruizione in condizioni di ordinaria tranquillità, secondo i canoni di valutazione del turista medio, tenuto conto dell'impossibilità per l'organizzatore di garantire l'esistenza di standard adeguati di sicurezza sanitaria a livello mondiale³⁹.

³⁶ Cfr. Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, *cit.*

³⁷ Cfr. F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione*, *cit.*, 928.

³⁸ Cfr. Cass. civ., sez. III, 24 aprile 2008, n. 10651, *cit.*

³⁹ In relazione a tale aspetto si pone, inoltre, il problema di capire se le compagnie assicurative abbiano predisposto (e con quali costi) delle polizze ido-

Tutto ciò non può che avere un'influenza determinante sul godimento della vacanza nei suoi vari aspetti di relax, svago e rigenerazione delle energie psicofisiche. In altre parole, le particolari caratteristiche della pandemia connessa al COVID-19, difficilmente potranno consentire di considerare la vicenda conclusa entro l'anno o i diciotto mesi dalla emissione del voucher, non solo perché – a distanza di svariati mesi dalla sua comparsa – il virus è ancora in circolazione a livello mondiale, ma anche perché si paventano ulteriori ondate.

È, allora, veramente difficile giustificare l'obbligatorietà del buono se il viaggiatore ha legittimamente paura di esporsi al rischio e se tale stato travolge irrimediabilmente la causa del contratto, sempre che la legislazione emergenziale non abbia avuto anche l'ambizione di legittimare e sanare un contratto senza causa.

nee a proteggere il viaggiatore dagli oneri derivanti dalla necessità di ricorrere alle cure in caso di contagio, specie in Paesi in cui il sistema sanitario non è accessibile gratuitamente. Per tali evenienze, ipotizzando che esista lo strumento assicurativo, ci si chiede chi debba sopportarne il costo qualora il viaggio sia acquistato utilizzando il voucher. Il discorso, chiaramente, è molto complesso perché tutti i servizi che compongono il pacchetto avranno una diversa consistenza, anche e soprattutto di tipo economico. Il nuovo panorama normativo predisposto per arginare i pericoli di diffusione del contagio ha spostato il *break even point* di tutte le imprese turistiche con notevoli implicazioni sul costo finale dei servizi, e questo implica che il valore del voucher, sebbene nominalmente corrispondente al prezzo del pacchetto turistico, di fatto viene ad esprimere un potere d'acquisto inferiore.