



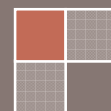
Camera di Commercio
Massa-Carrara



COMMISSIONE PER LA REGOLAZIONE DEL MERCATO

D.lgs.6 settembre 2005, n. 206

Linee Guida
sulle clausole vessatorie contenute in
contratti di vendita e di offerta di
pacchetti turistici
"tutto compreso"



COMMISSIONE PER LA REGOLAZIONE DEL MERCATO

D.lgs.6 settembre 2005, n. 206
Linee Guida
sulle clausole vessatorie contenute in contratti di
vendita e di offerta di pacchetti turistici "tutto
compreso"

PREMESSA

La presente guida si pone il fine di individuare e descrivere le principali ipotesi di clausole vessatorie rinvenibili nei contratti di vendita e di offerta dei cc.dd. pacchetti turistici "tutto compreso". Essa si inquadra in un'iniziativa di monitoraggio e controllo costituente esercizio delle funzioni di regolazione del mercato attribuite alle Camere di Commercio dall'art.2 della legge 29/12/93, n.580, assunta allo scopo di uniformare l'attività contrattuale del settore, favorendo il graduale recepimento, da parte dei singoli operatori commerciali, dei principi e delle regole introdotte dal Decreto Legislativo 6/9/05, n. 206.

AMBITO DI APPLICAZIONE

Oggetto della presente guida risulta la vendita o l'offerta dei cc.dd. pacchetti turistici (come definiti dall'art.84 del D.Lgs. 6/9/05, n. 206) da parte dell'organizzatore del viaggio o del venditore nei confronti del consumatore (rispettivamente individuati dall'**art.83, c.1, lett.a, b e c**, D.cit.), ancorchè negoziati al di fuori dei locali commerciali o a distanza.

La presente trattazione verrà condotta tenendo principalmente conto di quanto prescritto dal D.Lgs.n.206/05, posto che il medesimo prevale non solo su ogni contrastante pattuizione (**art.143, c.1**, D.cit.), ma anche su qualsiasi altra disposizione contenuta nel Codice Civile (**art.142** D.cit.) ed in diverse fonti normative incidenti sulle materie trattate dal Decreto (**art.144** D.cit.), salvo quelle adottate da Regioni o Province autonome nell'esercizio delle rispettive competenze (**art.145** D.cit.).

In particolare, l'analisi verrà condotta sui "servizi turistici" disciplinati agli **artt. da 82 a 100** del D.cit., alla luce delle "clausole vessatorie" come individuate dagli **artt.33 e segg.** del medesimo Decreto, nonché dei principi regolatori della materia.

Va precisato che, a mente dell'**art.33, c.1**, D.cit., una determinata clausola inserita in un contratto fra professionista e consumatore potrà ritenersi vessatoria ove, in esito al suo esame, emerga che, malgrado la buona fede, la stessa determini a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

L'**art.34** D.cit. dispone, al comma 1, che tale esame vada condotto tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende, aggiungendo, al comma 2, che la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, nè all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

L'**art.33, c.2**, D.cit. individua, invece, determinate clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria (presunzione *juris tantum*).

L'**art.36, c.1**, D.cit. fa derivare dalla natura vessatoria delle clausole individuate dagli artt. 33 e 34 D.cit., la nullità delle stesse, aggiungendo che il contratto rimane valido per il resto.

Va segnalata l'innovatività della sanzione della nullità della clausola, in quanto destinata a sostituire quella dell'inefficacia della stessa, già prevista nell'art.1469 quinquies, c.1 c.c..

Ciò comporta la necessità di coordinare l'art.36, c.1, D.cit. con l'art.1419 c.c. nella parte in cui dispone che la nullità della singola clausola comporti la nullità dell'intero contratto ove risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità; facoltà, quest'ultima, che si ritiene quale manifestazione dell'insopprimibile diritto della parte di agire a tutela dei propri diritti (art.2907 c.c.), compreso quello di ottenere la rimozione degli effetti dell'intero contratto una volta assolto l'onere probatorio di cui all'art.1419, c.1, c.c..

Effetto, quest'ultimo, escluso solo allorchè la clausola vessatoria sia suscettibile di essere sostituita da una norma imperativa (art.1419, c.2, c.c.).

La clausola che impedisse in modo assoluto la rimozione degli effetti dell'intero contratto in presenza di una o più clausole nulle, dovrebbe, quindi, ritenersi a sua volta nulla, sortendo l'effetto, a mente degli artt.33, c.2, lett.b) e 36, c.2, lett.b) D.cit., di escludere o

limitare il diritto del consumatore di ricorrere al meccanismo di tutela di cui all'art.1419, c.1, c.c..

Dovranno comunque escludersi dal novero delle clausole vessatorie quelle che, a mente dell'**art.34, c.3**, D.cit., **riproducono disposizioni di legge** ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea.

Parimenti escluse dal novero delle clausole vessatorie dovranno ritenersi le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di **trattativa individuale (art.34, c.4**, D.cit.).

Tale disposizione va raccordata con quanto disposto dagli artt. 1341 e 1342 c.c. secondo cui le condizioni generali di contratto ivi analiticamente previste, ancorché contenute in moduli e formulari, sono inefficaci ove non specificamente **approvate per iscritto**.

L'esigenza di condurre un esame congiunto delle suindicate norme nasce dalla circostanza che l'elencazione contenuta nell'art. 1341 c.c. risulta parzialmente coincidente con quella di cui all'art.33, c.2, D.cit..

Occorre perciò stabilire se l'approvazione per iscritto delle clausole vessatorie consenta di ritenere assolto l'onere probatorio di cui all'art.33, c.4, D.cit..

E' stato deciso, sul punto (*Cass., sez. III, 28 giugno 2005, n. 13890*), che, per principio consolidato, il richiamo cumulativo di tutte le condizioni generali di contratto non costituisce specifica approvazione di quelle vessatorie perché invece, ai fini e per gli effetti di cui all'art.1341 c.c., è necessario che la clausola onerosa per la parte che ad essa si assoggetta sia chiaramente e autonomamente evidenziata dalla parte che l'ha predisposta, soltanto in tal modo potendosi ritenere assolto l'obbligo di informazione sul contenuto della stessa per renderla conoscibile a colui che l'ha sottoscritta.

Ne consegue che il richiamo in blocco di tutte le condizioni generali di contratto e la sottoscrizione indiscriminata di esse, come nel caso sia apposta sotto l'elencazione delle stesse secondo il numero d'ordine, non determini la validità-efficacia, ai sensi dell'art.1341, c.2, c.c., di quelle onerose.

Ove, al contrario, il requisito della specifica approvazione scritta, prescritto dall'art. 1341 c.c., sia stato correttamente soddisfatto attraverso la sottoscrizione, distinta da quella di approvazione delle condizioni generali del contratto, apposta dopo il richiamo, che può essere anche numerico o di titolo, alla clausola in questione, dovrà ritenersi automaticamente che detta clausola sia stata oggetto di trattativa individuale, posto che il menzionato richiamo permette al sottoscrittore di conoscere il contenuto della clausola e non fa dubitare che la stessa sia stata adeguatamente sottoposta al suo

esame anche se è riferito ad altre clausole onerose ed indicate separatamente attraverso riferimenti analoghi (*in tal senso Cass., sez. III, 16 luglio 2002, n. 10285*).

L'**art.36, c.2**, D.cit. individua, infine, determinate clausole che, sebbene siano state oggetto di trattativa individuale, risultano comunque colpite dalla sanzione della nullità.

FORMA E CONTENUTO DEL CONTRATTO DI VENDITA DI PACCHETTI TURISTICI

Il Decreto in esame va ricondotto fra gli interventi legislativi di tutela del consumatore, in quanto volto all'individuazione dei diritti (espressamente dichiarati irrinunciabili dall'**art.143, c.1**, D.cit.) che quest'ultimo è in grado di esercitare nei rapporti contrattuali intercorsi con professionisti.

Il Decreto risulta, anzitutto, inteso a garantire il diritto ad una informazione corretta e veritiera fin dalla diffusione del messaggio pubblicitario, attraverso il vincolo strettissimo posto fra quest'ultimo, la fase delle trattative ed il contratto.

Ne costituiscono espressione:

a) l'**art.87, c.1**, D.cit., che individua le informazioni scritte relative a circostanze rilevanti ai fini dello svolgimento del viaggio, che il venditore o l'organizzatore devono fornire nel corso delle trattative e comunque prima della conclusione del contratto, rientranti fra gli obblighi di diligenza imposti dagli artt.1175 e 1375 c.c., il cui mancato assolvimento concreta l'inadempimento di un obbligo giuridico (*in tal senso Pret.Monza, 7/12/90*), rendendo responsabile il venditore/organizzatore di qualsiasi pregiudizio patito dal consumatore in conseguenza dell'omessa comunicazione degli elementi di cui alla menzionata norma (si pensi, ad es., al caso di mancata concessione del visto di ingresso in applicazione di normativa vigente nello Stato estero, che, una volta portata a conoscenza del consumatore, avrebbero determinato quest'ultimo a non sottoscrivere il contratto). La clausola che escludesse il diritto del consumatore di invocare, in siffatti casi, il risarcimento del danno e qualsiasi correlata responsabilità del venditore/organizzatore, risulterebbe perciò soggetta a presunzione di vessatorietà ex **art.33, c.2, lett.b)** D.cit. e financo nulla ex **art.36, c.2, lett.b)** D.cit.. Parimenti nulla dovrebbe ritenersi la clausola che rimandasse le informazioni suddette ad un momento successivo alla conclusione del contratto, ovvero non individuasse il documento contenente le informazioni, pur dando atto dell'avvenuto adempimento del correlato onere informativo: per compiutamente assolvere la

funzione di garantire un consenso informato e consapevole del consumatore, dette informazioni dovranno risultare, infatti, da un atto scritto ben individuato in contratto, diversamente ottenendosi un'adesione del consumatore estesa a clausola che non ha avuto modo di conoscere prima del perfezionamento degli accordi (così incorrendosi nella nullità di cui agli **artt.33, c.2, lett.I, e 36, c.2, lett.c**, D.cit.).

b) l'**art.88** D.cit. che individua il contenuto minimo dell'opuscolo informativo, imponendone una indicazione chiara e precisa e stabilendo che, ove posto a disposizione del consumatore, impegni il professionista in relazione alle condizioni contrattuali ivi espresse; essi costituiranno, in tal caso, parte sostanziale ed integrante del contratto, dovendo perciò risultare analiticamente individuati, posto la clausola che contenesse il loro generico richiamo ovvero una vaga ed imprecisa descrizione dei servizi ivi indicati, risulterebbe nulla ex **art.36, c.2, lett.c)** D.cit. e comunque rientrerebbe nella presunzione di vessatorietà ex **art. 33, c.2, lett.I) e p)** D.cit., avendo l'effetto di estendere l'adesione del consumatore a clausole obiettivamente non conoscibili, né tantomeno adeguatamente valutabili prima della stipula del contratto e svolgendo comunque l'effetto di riservare al venditore/organizzatore il potere di accertare la conformità dei servizi offerti a quelli previsti in contratto.

c) gli **artt.85 e 86** D.cit. che, rispettivamente impongono la redazione in forma scritta del contratto e ne individuano il contenuto legale minimo.

Trattasi di vincoli informativi, imposti per legge, che, almeno in ordine al requisito della forma scritta, si traducono in vincoli di contenuto il cui mancato rispetto ne comporterà la nullità.

Si registra, sul punto, l'orientamento assunto dal Tribunale di Bari (con le sentenze 27 luglio 2005 e 8 agosto 2000) teso ad affermare la nullità del contratto verbale di vendita di pacchetti turistici per violazione dell'art.6 D.Lgs.n.111/95 (ora trasfuso nell'art.85, c.1, D.cit.), contenente l'obbligo della forma scritta *ad substantiam*.

Obbligo ricavabile, pur in assenza della correlata sanzione di cui all'art.1325 c.c., sia dal precetto normativo "netto e perentorio" contenuto nella menzionata norma, sia nella *ratio* della disciplina *de qua*, in quanto ricollegata ad esigenze di ordine generale e di valenza pubblica connaturate alla funzione ricoperta dal turismo nell'economia nazionale e negli Stati membri della Comunità europea, oltrechè di tutela del consumatore quale fattore di chiarezza e di omogeneizzazione delle discipline degli Stati membri.

Motivi che normalmente si rinvengono posti anche a fondamento della sanzione di nullità per violazione di norma imperativa (ex art.1418, c.1, c.c.).

Conclusione, quest'ultima, che pare trovare riscontro in Cass., sez.III, 3/10/03, n. 14762 in tema di requisiti di forma introdotti dall'art.5, c.2, D.Lgs.n.50/92 -secondo cui l'informazione del diritto di

recesso contenuta in una nota d'ordine nell'ambito di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, debba essere riportata separatamente dalle altre clausole contrattuali e con caratteri tipografici uguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento-, laddove ha attribuito a tale prescrizione, contenente un requisito essenziale di forma, il valore di norma inderogabile ed imperativa perché attiene all'ordine pubblico dei rapporti economici nelle negoziazioni tra una parte debole -il consumatore- e la parte commercialmente forte -il commerciante o l'imprenditore-.

Il Decreto in esame introduce, altresì, un ulteriore ampliamento degli **obblighi di informazione**, estendendoli alla **fase successiva alla conclusione del contratto**, a garanzia di una corretta esecuzione dello stesso.

Ne sono esempio:

- a) le informazioni scritte che, a mente dell'**art.87, c.2**, D.cit. dovranno essere fornite al consumatore prima del viaggio;
- b) l'onere, posto dall'**art.90** D.cit. a carico del venditore/organizzatore, di documentare i costi che legittimino la revisione del prezzo;
- c) l'avviso scritto che, conformemente all'**art.91** D.Cit., deve essere dato al consumatore prima della partenza, in ordine alla necessità di modificare, in modo significativo, uno o più elementi del contratto, accompagnata dall'indicazione del tipo di modifica e dalla conseguente variazione del prezzo.

Trattasi di obblighi di forma e di contenuto la cui violazione, almeno nelle ipotesi sub lett. b) e c), comporterà effetti modificativi sulle originarie condizioni contrattuali che il consumatore non è stato in grado di conoscere ed adeguatamente valutare prima della conclusione del contratto.

Dovranno perciò ritenersi specularmente nulle, ex **artt. 36, c.2, lett.c) e 33, c.2, lett.l)**, D.cit. le clausole che:

- a) consentano di procedere alla revisione del prezzo con modalità diverse da quelle contemplate dall'art.90 D.cit..
- b) consentano di modificare le condizioni contrattuali con modalità diverse da quelle previste dall'art.91 D.cit..

Dovrà invece ritenersi che la violazione dell'obbligo di fornire al consumatore le **informazioni di cui all'art.87, c.2**, D.cit. costituisca violazione delle regole di correttezza e buona fede che, a mente degli artt.1175 e 1375 c.c., le parti debbono osservare nell'adempimento delle rispettive obbligazioni, tale da legittimare la richiesta di risarcimento del danno che l'una abbia sofferto per l'inadempimento dell'altra.

Qualsiasi clausola che, in siffatte ipotesi, escludesse la responsabilità del venditore/organizzatore, risulterebbe ancora una volta soggetta a

presunzione di vessatorietà ex **art. 33, c.2, lett.b)** D.cit. e financo nulla ex **art.36, c.2, lett.b)** D.cit..

Potrà accadere, inoltre, che il relativo onere informativo sia genericamente regolato da una clausola che rinvii il correlato adempimento ad un imprecisato momento antecedente la partenza. Si ritiene, in tal caso, che la mancanza del correlato documento e della prova documentale dell'avvenuta consegna dello stesso al consumatore in tempo utile, non valga a ritenere assolto il correlato onere informativo, né, conseguentemente, ad escludere la responsabilità del venditore/organizzatore.

Gli **artt. 35 e 85** D.cit. concorrono al perseguimento dell'obiettivo di trasparenza nell'ambito delle operazioni commerciali, stabilendo, rispettivamente, che le clausole proposte al consumatore debbano essere redatte "in modo chiaro e comprensibile", mentre il contratto di vendita di pacchetti turistici anche "in termini chiari e precisi". Trattasi di requisito attinente, da un lato, sia alla visibilità del carattere grafico (*cf. sul punto, Cass., sez.III, n. 14762/03, cit. pronunciata in ordine ai requisiti di forma di cui all'art.5 D.Lgs.n.50/1992, laddove ha stabilito che il carattere grafico e compositivo della clausola informativa del diritto di recesso non debba creare un nascondimento od una sottovalutazione della stessa, determinandosi, in difetto, la nullità della stessa*), che alla comprensibilità linguistica, dall'altro, alla puntuale informazione circa parti rilevanti del contratto, quali la descrizione dei luoghi e dei servizi (comprendente informazioni quali la distanza chilometrica dal mare, le caratteristiche della struttura, ecc.), come individuati dall'**art.86, c.1, lett. g), h) ed i)**, D.cit..

Rientra in quest'ultimo requisito l'indicazione della "**categoria turistica**" dell'albergo, richiesta dall'**art.86, c.1, lett.h)**, D.cit., comunemente denominata "**classificazione alberghiera**", ricompresa, quindi, fra gli elementi essenziali del contratto, la cui mancanza, da un lato, è in grado di comportare la responsabilità del venditore/organizzatore per il pregiudizio che il consumatore ha patito per tale omissione, dall'altro, la nullità e vessatorietà delle clausole che, ai sensi degli **artt. 33, c.2, lett.b)**, e **36, c.2, lett.b)**, D.cit., introducano esoneri di responsabilità a vantaggio del primo. Nullità e vessatorietà che ricorreranno anche in forza degli **artt. 33, c.2, lett.l)**, e **36, c.2, lett.c)**, D.cit. (allorchè la sottoscrizione del contratto comporti l'adesione del consumatore ad una classificazione alberghiera rimasta priva di indicazione e quindi da quest'ultimo non conosciuta) e dell'**art. 33, c.2, lett.p)**, D.cit. (posto che l'omessa precisazione di elementi indispensabili, quale quello in esame, sortirebbe l'effetto di attribuire al venditore/organizzatore il potere di

accertare la conformità del servizio offerto a quello previsto in contratto).

Ove, quindi, alla mancanza di tali ineludibili requisiti di contenuto del contratto si sopperisca attraverso il rinvio a cataloghi o materiale fotografico, il relativo onere informativo potrà ritenersi assolto solo nel caso in cui questi ultimi risultino debitamente identificati e ritenuti quali parti sostanziali ed integranti il contratto stesso, ricorrendo, in difetto, le suddette fattispecie di nullità.

Ove la sistemazione avvenga in strutture ricettive presenti sul territorio nazionale, l'indicazione della categoria turistica dovrà risultare conforme alle disposizioni contenute nelle leggi regionali di settore, emanate nell'esercizio delle funzioni di cui all'art.45 D.Lgs. 31/3/98, n.112.

Opera, nella Regione Toscana, la l.r. 23/3/00 n.42 che, all'art.36 (come sostituito dall'art.14 l.r. 17/1/05, n.14) contiene la classificazione degli alberghi, dei campeggi, dei parchi vacanze e delle residenze turistico-alberghiere, determinate in base ad una autocertificazione dell'interessato, che tenga conto delle caratteristiche delle strutture e dei servizi offerti.

Il consumatore avrà perciò diritto di vedere indicata, in contratto, una classificazione della struttura ricettiva conforme al quadro normativo di riferimento, dovendosi ritenere nulla (ex **art.36, c.2, lett.b**, D.cit.) la clausola che escluda o limiti le azioni nei confronti del venditore/organizzatore in caso di classificazione non veritiera, ad es. attribuendo ad essa valore meramente indicativo, ovvero escludendo di quest'ultimo qualsiasi correlata responsabilità.

Sono numerosi, inoltre, i casi di introduzione, nei moduli contrattuali di pacchetti turistici, della clausola secondo cui la sistemazione in albergo, in assenza di classificazioni ufficiali riconosciute dalle pubbliche Autorità dei Paesi di appartenenza, è stabilita dall'organizzatore-venditore in base a propri criteri di valutazione degli *standards* di qualità.

Una siffatta previsione contrattuale è stata giudicata squilibrata ai danni del consumatore ai sensi dell'art.1469 bis, c.3, n.14 c.c. (ora trasfuso nell'**art.33, c.2, lett.p**, D.cit.: "riservare al professionista il potere di accertare la conformità del servizio prestato a quello previsto nel contratto o conferirgli il diritto esclusivo d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto") (*in tal senso Tribunale Palermo, 11 luglio 2000, secondo cui "Deve inibirsi la clausola secondo cui gli alberghi contrattualmente utilizzati nel difetto di classificazione ufficiale, siano classificati dall'organizzazione del viaggio, secondo proprie valutazioni, sicché questi si attribuisca un diritto esclusivo di interpretare il patto con limitazione di responsabilità"; cfr anche Tribunale Palermo, 2 giugno 1998: "Deve essere inibita l'utilizzazione della clausola, contenuta nelle condizioni generali di un contratto di*

viaggio, in forza della quale la valutazione della qualità del servizio è riservata esclusivamente al professionista -nella specie, era previsto che la sistemazione alberghiera, in assenza di classificazioni ufficiali, fosse stabilita dall'organizzatore in base a propri criteri di valutazione degli standards di qualità"-).

Siffatte clausole operano, infatti, una vera e propria limitazione di responsabilità dell'operatore turistico, libero di stabilire se il servizio prestato sia conforme a quello pattuito e quindi in grado di impedire al consumatore di dolersi della qualità dello stesso e degli *standards* utilizzati per la classificazione della struttura ricettiva.

In difetto di classificazioni ufficiali, appare vieppiù necessario il rispetto del requisito formale che impone la puntuale descrizione dell'albergo, anche attraverso **cataloghi o depliant** in grado di permettere al consumatore una adeguata valutazione della struttura e consentirgli una informata e consapevole adesione alla condizioni di contratto.

Viene in considerazione, sul punto, il combinato disposto degli **artt.87, c.4 e 88** D.cit. secondo cui è vietato fornire informazioni ingannevoli sulle modalità del servizio offerto, sul prezzo e sugli altri elementi del contratto qualunque sia il mezzo mediante il quale dette informazioni vengono comunicate al consumatore e quindi, anche attraverso l'opuscolo informativo, il cui contenuto è in grado di vincolare l'organizzatore ed il venditore (**art.88, c.2**, cit.) e quindi idoneo a creare un legittimo affidamento, nel consumatore, circa il recepimento dello stesso nel contenuto del contratto.

E' per questo che le indicazioni contenute nell'opuscolo informativo debbono anch'esse rispettare il requisito della *chiarezza e precisione* (art.88, c.1, cit.), perciò sottoposte al vaglio attento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, secondo la quale *"Il materiale pubblicitario svolge un ruolo determinante per orientare la scelta di servizi turistici da parte del potenziale consumatore, che non è di norma in grado di verificare personalmente la veridicità delle descrizioni presenti nei cataloghi e nei dépliant, se non quando ha già effettuato la scelta e ha ormai affrontato la spesa. Di qui la necessità di un controllo attento sulle pubblicità del settore turistico, con particolare riguardo alle informazioni su cui viene principalmente fondata la scelta, vale a dire il prezzo e le caratteristiche del servizio pubblicizzato (categoria dell'hotel, modalità di trasporto, tipologia dei servizi complementari compresi nel pacchetto, e così via), nonché l'identità e le qualifiche dell'operatore turistico che propone il servizio"* (Relazione annuale 1996-1997).

Si registrano, sul punto, le decisioni con le quali l'Autorità è intervenuta più volte dichiarando l'ingannevolezza di messaggi non veritieri in relazione alle caratteristiche del servizio pubblicizzato (PI/1012 HOTEL M.ISCHIA; PI/1063 HOTEL A.; PI/1194 A.HOTEL SPORTING CLUB; PI/1239 V.CAPODANNO; PI/1604 VILLAGGIO

CAMPING S.; PI/1629 CAMPING PARK A.); al prezzo di vendita (PI/1294 C.AIR EUROPE; PI/1301 A.CUBA; PI/1303 CATALOGO T.); alle condizioni di fruibilità del servizio (PI/1137 GRUPPO P.). Rilevante è stata inoltre considerata l'omissione di informazioni necessarie per valutare in modo completo l'offerta (PI/1455 SCONTO M.; PI/1505 HOTEL DE LA V.).

"Un esempio emblematico in tal senso, è costituito da un caso in cui venivano denunciate le asserite caratteristiche organizzative e professionali di un tour operator, tali da far ritenere che fosse dotato di un'esperienza decennale nel settore dei viaggi-avventura e/o off-road.

In realtà, dalle risultanze istruttorie è emerso che la società era stata formalmente autorizzata a svolgere la propria attività solo da pochi anni e pertanto non risultava possedere la esperienza decennale decantata in ambito pubblicitario (PI/1374 O.IL MONDO AFRICAN R.).

In tema di trasporti turistici, un caso significativo ha riguardato un pieghevole pubblicitario concernente un'iniziativa promozionale di una compagnia aerea.

Si lamentava l'assenza nel messaggio di indicazioni relative alla circostanza che i voli per Budapest pubblicizzati fossero in realtà realizzati non dalla compagnia aerea indicata, bensì da un altro vettore, in virtù di una convenzione tra tali operatori. Data la particolare tipologia del servizio, l'identità del vettore costituisce un elemento valutativo di particolare incidenza nelle scelte dei consumatori, che in questo campo sono spesso fondate sulla fiducia riposta nella compagnia aerea che effettua il trasporto (PI/1270 V. VOLIAMO F.)".

Si ritiene, pertanto, che, ove messo a disposizione del consumatore, l'opuscolo informativo debba necessariamente riportare il contenuto descritto dall'**art.88** D.cit., sotto pena di responsabilità del venditore/organizzatore per il pregiudizio patito dal consumatore in conseguenza dell'ingannevolezza del messaggio pubblicitario.

Dovrà, inoltre, ritenersi nulla (ex **art.36, c.2, lett.b**, D.cit.) la clausola che releghi l'opuscolo a mero mezzo pubblicitario, escludendone la portata integrativa del contratto (ad es., attribuendo al venditore/organizzatore il potere discrezionale ed insindacabile di introdurre limitazioni di tempo e di fruibilità di offerte promozionali pubblicizzate in cataloghi o depliant), oltrechè soggetta a presunzione di vessatorietà (ex **art.33, c.2, lett.b**) in quanto destinata ad escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista in caso di suo inadempimento totale o parziale o di inadempimento inesatto.

Coerentemente, la modifica dell'offerta pubblicitaria descritta in cataloghi, contenuta nell'accettazione della proposta, costituirà nuova proposta contrattuale, così impedendo il perfezionamento

dell'accordo, evidentemente rinviato al momento dell'accettazione, da parte del consumatore, delle nuove condizioni comunicate dal venditore/organizzatore.

Attinente alla materia del contenuto del contratto è quella relativa alle "**clausole che riproducono disposizioni di legge** ovvero che siano riprodottrici di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea", non ritenute perciò vessatorie (**art.34, c.3**, D.cit.).

Trattasi di riproduzione impermeabile ad un giudizio di vessatorietà, salvo il caso di rinvio frammentario alla normativa di settore, ovvero di parziale recepimento negoziale della stessa, come tale sottoposto al test di vessatorietà in quanto l'equo contemperamento di interessi che deve ritenersi perseguito dal Legislatore nazionale o sovranazionale, viene reciso dalla riproduzione frammentaria del testo normativo, depurata da quei contenuti idonei a dare compiutezza al sistema disciplinato (*cf. in tal senso, Trib. Palermo, 11/7/00 e 2/6/98*).

Se, quindi, all'interno del contratto si riproducessero solo alcune norme della più ampia regolamentazione predisposta dal Legislatore, tralasciando di recepire altre previsioni indissolubilmente legate alle prime, potrebbe venire a mancare l'equilibrio garantito dall'attività di tipizzazione, sì che la relativa previsione contrattuale non potrà sottrarsi al sindacato di vessatorietà.

E' questo il caso della clausola riprodottrici dell'**art.90** D.cit. nella parte in cui riconosca il diritto alla **revisione del prezzo** ove espressamente prevista nel contratto, senza che in questa, tuttavia, si definiscano le modalità di calcolo in conseguenza della variazione del costo degli elementi puntualmente indicati dalla norma citata.

Siffatta clausola avrebbe l'effetto di "modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso" (**art.33, c.2, lett.m**, D.cit.).

Una clausola che attribuisse al venditore-organizzatore il diritto di revisione del prezzo a seguito di un generico aumento del prezzo degli elementi indicati dall'**art.90** cit., dovrebbe comunque ritenersi nulla per contrarietà a norma imperativa, in quanto priva del contenuto minimo previsto per legge.

Detta clausola, per risultare correttamente formulata, dovrebbe perciò contenere una precisa indicazione della base di calcolo da utilizzare per la revisione e, ove il prezzo sia espresso in valuta estera, la precisazione della valuta utilizzata e la quotazione ufficiale di riferimento, accompagnata dalla data iniziale e finale entro cui calcolare le possibili oscillazioni del tasso di cambio, insieme all'incidenza di tale oscillazione.

Non v'è chi non veda come l'incompletezza del contenuto della clausola revisionale, consentendo un calcolo dell'aumento del prezzo fondato su elementi rimasti ignoti al consumatore, determini un'ipotesi di nullità di cui all'**art.36, c.2, lett.c)**, avendo l'effetto di determinare l'adesione del consumatore estesa a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

Per completare il tema della revisione del prezzo, va rilevato il limite all'aumento costituito dalla soglia del 10% dell'importo originario (**art.90, c.2, D.cit.**), al cui superamento è ricollegata la presunzione di eccessività del prezzo finale ed il conseguente diritto di recedere dal contratto, previo rimborso delle somme già versate alla controparte (**art.90, c.3, D.cit.**).

Una clausola che non consentisse, in presenza di tale condizione, il recesso dal contratto, rientrerebbe quindi nella presunzione di vessatorietà di cui all'**art.33, c.2, lett.o)** D.cit. ("consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto").

Le eventuali clausole di esclusione pattizia della facoltà di recesso (in presenza delle suindicate condizioni di legge), ovvero del diritto di ottenere la restituzione delle somme già versate alla controparte, risulterebbero, inoltre, nulle per contrarietà a norma imperativa (art.1419 c.c.).

Per lo stesso motivo dovrebbe ritenersi nulla la clausola che consentisse di derogare al divieto di aumento del prezzo nei venti giorni che precedono la partenza (di cui all'**art.90, c.4, D.cit.**).

Attinente al tema delle clausole riproduttive di disposizioni di legge è la **clausola risolutiva espressa** (di cui all'art.1456 c.c.: [I] "I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite.[II] In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva".).

La stessa è stata esclusa dal novero delle clausole vessatorie, in quanto riproduttiva di norme di legge (in tal senso Cass., sez.III, 14/1/00, n.369 ed altre).

Merita di essere affrontata, da ultimo, l'ipotesi in cui il modulo di proposta di acquisto del pacchetto turistico preveda che **il contratto di vendita si intende concluso** all'accettazione da parte dell'organizzatore e non nel momento in cui il proponente prenda conoscenza dell'accettazione come previsto dall'art. 1326 c.c. comma 1 c.c..

Tale previsione è stata ricondotta all'**art.33, c.2 lett.d)** D.cit. ("prevedere un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una condizione il cui inadempimento dipende unicamente dalla sua volontà") vincolando di fatto il consumatore in modo definitivo senza possibilità di revoca della proposta (perciò integrando una proposta irrevocabile senza termine di scadenza): ad una eventuale revoca, il professionista potrebbe opporre, infatti, la pregressa accettazione. Dalla accertata inefficacia (ora nullità ex **art.36** D.cit.) della suddetta clausola vessatoria (rilevabile d'ufficio ex art. 1469 quinquies comma 3 c.c. -ora trasfuso nell'**art.36, c.3, cit.-**) è stata fatta discendere la sostituzione automatica della stessa con la regola generale di cui all'**art. 1326 c.c.**, in forza della quale il contratto deve ritenersi concluso alla data della consegna della conferma scritta dell'Organizzatore al proponente (*cf. Tribunale di Treviso, 14/1/02*).

CESSIONE DEL CONTRATTO

L'**art. 89** D.cit. consente al consumatore di sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto.

Seppure formalmente definita come "cessione del contratto", la sostituzione in esame differisce da quella disciplinata dagli artt.1406 e segg. c.c., posto che, al contrario di quest'ultima:

- a) non è subordinata all'adesione del contraente ceduto.
- b) prevede che cedente e cessionario rimangano comunque solidalmente tenuti a corrispondere al ceduto il corrispettivo del contratto e le spese ulteriori eventualmente derivanti dalla cessione.
- c) il relativo diritto possa essere esercitato entro quattro giorni lavorativi prima della esecuzione della prestazione (partenza) mediante comunicazione scritta al ceduto dell'impossibilità per il cedente, di usufruire del pacchetto turistico, accompagnata dall'indicazione delle generalità del cessionario, che deve soddisfare le condizioni per la fruizione del servizio.

La previsione contrattuale regolatrice della cessione incorrerà, quindi, nella sanzione di nullità per contrarietà a norma imperativa, di cui all'**art.1419 c.c.**, (ripetendo, l'**art.89 cit.**, le finalità di ordine generale e di valenza pubblica connaturate alla funzione ricoperta dal turismo nell'economia nazionale) ove di quest'ultima non riporti pedissequamente il contenuto, prevedendo condizioni ed oneri che, non rientrando nella previsione della norma, si sostanzino in illegittime ed inammissibili restrizioni all'attività contrattuale del consumatore.

L'eventuale presenza di limitazioni alla cessione del contratto, non previste dall'**art.89 cit.**, costituirebbe, inoltre, violazione dell'**art.33, c.2, lett.t)**, D.cit., comportando inammissibili restrizioni alla libertà

contrattuale nei rapporti coi terzi, perciò incorrendo nella correlata presunzione di vessatorietà.

MODIFICHE DELLE CONDIZIONI CONTRATTUALI

Trattasi di eventualità puntualmente disciplinata dall'**art.91** D.cit., subordinata alle condizioni ivi espressamente previste e differenziate a seconda che intervengano prima o dopo la partenza.

L'analiticità del meccanismo di modifica delle condizioni contrattuali contenuto nell'art.91 cit., impone una fedele trasposizione dello stesso in ambito contrattuale, diversamente incorrendosi nella presunzione di vessatorietà di cui all'**art.33, c.2, lett.m)** D.cit. ("modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso").

Ipotesi, quest'ultima, che potrà verificarsi per la presenza di clausole che, ad es., contemplino il possibile rinvio della data prevista per la fruizione del pacchetto o dei singoli servizi, ammettendone lo slittamento di uno o più giorni: l'adesione a tale eventualità, non accompagnata dal richiamo ai meccanismi di tutela del consumatore previsti dagli **artt. 91 e segg.** D.cit., potrebbe interpretarsi come deroga alla correlata disciplina, perciò incorrendo nella presunzione di vessatorietà di cui all'**art.33, c.2, lett.m)** cit..

Coerentemente, è stata ritenuta inopponibile al consumatore la modifica della data di fruizione del pacchetto turistico contenuta nella sola conferma della prenotazione del viaggio, in quanto apportata senza esporre le ragioni di necessità e senza indicare il termine entro il quale il consumatore poteva esercitare il proprio diritto di recesso esente da penale (*Trib. Treviso, 14/1/02, cit*).

Circa le **modifiche precedenti la partenza** legittimanti l'esercizio dello *ius variandi* del venditore/organizzatore (**art.91, c.1**, D.cit.), si osserva come le medesime risultino individuate con locuzione ("*...modificare in modo significativo uno più elementi del contratto...*") diversa da quella destinata a definire le modifiche intervenute dopo la partenza ("*...quando una o più parti essenziali dei servizi previsti dal contratto non può essere effettuata...*" -art.91, c.4, D.cit.-).

E' evidente come la mancanza, nel primo comma dell'art.91 cit., del requisito dell'essenzialità delle parti del servizio, presente invece nel quarto comma del medesimo articolo, non legittimi un restringimento della facoltà di recesso del consumatore (prevista nell'**art.91, c.2**, D.cit.), attraverso l'utilizzo o l'aggiunta di espressioni o locuzioni in grado di assimilare la prima ipotesi alla seconda.

Casi emblematici dovrebbero ritenersi, sul punto, quelli che relegassero caratteristiche essenziali del pacchetto ad ipotesi

neppure annoverabili fra le modifiche significative di uno o più elementi del contratto, si da escludere l'applicazione dei meccanismi di tutela del consumatore, di cui agli artt. 91 e segg. D.cit. (per es. consentendo al venditore/organizzatore di sostituire, senza limitazioni di sorta, il mezzo di trasporto o l'itinerario prescelti, laddove rientranti fra gli elementi puntualmente illustrati in cataloghi nelle rispettive peculiari caratteristiche e quindi tali da indirizzare la scelta del consumatore su una soluzione piuttosto che su un'altra).

La clausola intesa ad ottenere un simile effetto dovrebbe, quindi, presumersi vessatoria in quanto limitativa dei diritti del consumatore in caso di parziale od inesatto adempimento del venditore/organizzatore (**art.33, c.2, lett.b**, D.cit.), ovvero in grado di riservare a quest'ultimo il diritto di accertare la conformità al pacchetto turistico di servizi ivi originariamente non previsti (**art.33, c.2, lett.p**, D.cit.), ovvero di consentirgli di modificare unilateralmente i servizi medesimi senza un giustificato motivo indicato nel contratto (**art.33, c.2, lett.m**, D.cit.).

Di qui l'importanza delle individuazione il più possibile analitica e fedele alla lettera della norma, degli elementi del contratto suscettibili di essere variati prima della partenza, distinguendoli dalle parti essenziali del servizio previste dall'**art.91, c.4**, cit..

A fronte dell'onere di comunicare la decisione di recedere (di cui all'**art.91, c.2**, D.cit.), l'eventuale silenzio del consumatore protratto oltre il termine di due giorni lavorativi decorrenti dal momento in cui ha ricevuto, prima della partenza, l'avviso contenente la proposta di modifica (di cui all'**art.91, c.3**, D.cit.) potrà interpretarsi come accettazione della modifica medesima.

Ove, tuttavia, ciò accada a fronte di una modifica comunicata senza la precisazione dei motivi della stessa e in data si ravvicinata alla partenza da privare il consumatore dello *spatium deliberandi* previsto dall'**art.91, c.2**, cit., non si potrà attribuire al silenzio valore di accettazione, ma la modifica dovrà ritenersi nuova proposta contrattuale mai entrata a far parte del contratto per mancata accettazione e, ove trasfusa in una clausola attributiva al venditore-organizzatore del correlato diritto, inefficace in quanto affetta da presunzione di vessatorietà ex **art. 33, c.2, lett.m**) D.cit. (*in tal senso Tribunale di Treviso, 14/1/02, cit., in ordine alla modifica della data di partenza contenuta nella conferma di prenotazione, ritenuta inopponibile al consumatore per difetto dell'evidenza richiesta dagli artt.7, 9 e 12 D.111/95, risultando dattiloscritta con caratteri sbiaditi, senza indicazione dei motivi della modifica, consentita solo per ragioni di necessità -che devono essere esposte al consumatore- e senza l'indicazione del termine entro il quale il consumatore poteva esercitare il proprio diritto di recesso esente da penale*).

Nell'ipotesi di modifica delle condizioni contrattuali **prima della partenza**, il diritto di recesso potrà essere esercitato senza pagamento di **penali** (**art.91, c.2**, cit.), le quali, se previste, incorreranno nella sanzione di nullità per contrarietà a norma imperativa.

Non pare possano sottrarsi a tale previsione le cc.dd. "spese di iscrizione", cioè le spese affrontate dal venditore-organizzatore per aprire ed istruire la pratica, e ciò per l'impossibilità di ricondurre le stesse al corrispettivo previsto dall'art.1373 c.c. per l'esercizio del recesso convenzionale.

Anche volendo attribuire alle medesime spese il valore di un corrispettivo per un servizio del quale il consumatore ha fruito, la totale impossibilità sopravvenuta della prestazione, a mente dell'art.1463 c.c., risulterebbe idonea a liberare il professionista dagli obblighi contrattuali, ma al tempo stesso si porrebbe come causa ostativa alla richiesta di qualsiasi controprestazione.

Le menzionate "spese di iscrizione" dovrebbero perciò ritenersi un onere che il venditore-organizzatore sopporta accettando il rischio, connaturato al servizio *de quo*, che le condizioni originariamente convenute dalle parti subiscano significative modifiche per effetto di eventi che rendendo impossibile la prestazione originaria e perciò legittimando il recesso del consumatore senza il pagamento di alcuna somma.

Ove si verificasse, **dopo la partenza**, l'impossibilità del professionista di offrire una parte essenziale dei servizi previsti dal contratto, questi potrà liberarsi adempiendo una prestazione diversa, costituita, a mente dell'**art.91, c.4** D.cit., dalla predisposizione di soluzioni alternative per la prosecuzione della parte residua del viaggio non comportanti oneri di qualsiasi tipo a carico del consumatore (salvo il diritto del consumatore al risarcimento del danno).

Trattasi di facoltà di scelta che, per essere validamente esercitata, presuppone l'effettiva sussistenza della impossibilità sopravvenuta di una "parte essenziale" dei servizi previsti in contratto, il cui onere probatorio, ai sensi dell'art.1218 c.c., graverà sullo stesso venditore/organizzatore.

Diversamente, a quest'ultimo verrebbe in ogni momento consentito di liberarsi dell'obbligazione originaria, mentre il consumatore risulterebbe, di fatto, privato della possibilità di vedere riconosciuto il proprio diritto di pretendere l'esecuzione dei servizi descritti in contratto.

Si assisterebbe, in altre parole, alla trasformazione di una obbligazione semplice in obbligazione alternativa (artt. 1285 e segg. c.c.), attribuendo al debitore la facoltà di scelta.

Per evitare tali conseguenze, il contratto dovrà individuare, con chiarezza e precisione, sia le voci che si ritengano essenziali in un

determinato pacchetto turistico, sia gli eventi annoverabili fra le cause di forza maggiore, così consentendo una adesione informata e consapevole al contratto ed il controllo sul corretto esercizio della facoltà di cui alla norma in commento.

Una clausola che attribuisse l'esercizio di quest'ultima facoltà senza i requisiti di forma e contenuto ora descritti, risulterebbe vessatoria in quanto in grado di attribuire al professionista "il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto" (**art.33, c.2, lett.p**, D.cit.) ed anche di "modificare unilateralmente le clausole del contratto ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso" (**art.33, c.2, lett.m**, D.cit.).

CLAUSOLE CHE DISCIPLINANO IL RECESSO DEL TURISTA

Rientrano nella presente fattispecie, anzitutto, le clausole che consentono al turista di recedere per fatti non ascrivibili al venditore/organizzatore, prevedendo l'addebito della quota di iscrizione e l'eventuale pagamento di ulteriori somme di ammontare progressivamente crescente con l'approssimarsi della data di partenza.

Di siffatte clausole è stata ravvisata la vessatorietà ai sensi dell'**art.33, c.2, lett.g)** D.cit. laddove le stesse siano dirette a "consentire al professionista di trattenere una somma di danaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere" (*cf. Trib. Palermo, 2/6/98; Trib. Palermo, 11/7/00*).

Ugualmente vessatoria, ai sensi dell'**art.33, c.2, lett.f)** D.cit. dovrebbe ritenersi la clausola che consentisse al venditore/organizzatore di trattenere, in caso di recesso del consumatore per fatti a quest'ultimo ascrivibili, una somma di danaro (a titolo di risarcimento del danno, di **penale** o altro titolo equivalente) di **importo manifestamente eccessivo**.

La suindicata norma sostituisce, ripetendone il contenuto, l'art. 1469 bis, c.3, n.6) c.c., il quale, innovativamente, aveva introdotto la sanzione dell'inefficacia (oggi nullità) della clausola inserita in un contratto fra consumatore e professionista, intesa alla liquidazione anticipata del danno manifestamente eccessiva, senza, tuttavia, attribuire al Giudice la possibilità di riduzione della stessa (*in tal senso Corte App. Milano, 23/7/04 -soc. Studio Opera c. G.S.-; Corte App. Milano, 30/6/04*).

L'eccessività manifesta di detta somma comporta, a mente dell'art. 33 cit., la presunzione di vessatorietà della correlata clausola e cioè dello squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; elemento, quest'ultimo, indicato dalle sezioni unite della Corte di Cassazione (*sent. 13/9/05, n. 18128*) quale presupposto legittimante l'intervento riduttivo svolto ex officio dal Giudice sulla penale (ex art. 1384 c.c.) ove venga a mancare una proporzione fra danno, costo ed utilità e sia perciò necessario svolgere una funzione correttiva della volontà delle parti per ricondurre l'accordo ad equità. Funzione che, nel campo delle clausole vessatorie, è svolta dal Legislatore con la previsione della nullità della pattuizione, anche in questo caso fondata sul medesimo presupposto legittimante costituito dalla manifesta eccessività della liquidazione anticipata del danno da inadempimento contrattuale.

Giudizio, quest'ultimo, che potrà condursi, quindi, conformemente all'indirizzo giurisprudenziale formatosi sull'art.1384 c.c., laddove ha considerato rilevante, ai fini che qui interessano, il margine di guadagno che l'operatore professionale si riprometteva di trarre dall'esatta esecuzione del contratto (*Cass., sez.III, 23/3/01, n. 4208*), temperato dal criterio della collocazione temporale di tale giudizio, da rapportarsi non solo al momento della conclusione del contratto, ma anche a quello in cui la prestazione attesa è stata, sia pure in ritardo, eseguita, o è rimasta definitivamente ineseguita (*Cass., sez.III, 3/9/99, n. 9298*).

Se, pertanto, appare corretta una quantificazione della penale che tenga conto delle spese effettivamente affrontate dal venditore/organizzatore (e da questi debitamente documentate) fino al recesso del consumatore (c.d. danno emergente) (*in tal senso Cass., sez.III, 16/2/98, n. 1630*), dovrà nondimeno attentamente valutarsi l'entità del mancato guadagno (lucro cessante) predeterminato nel contratto, in rapporto al momento dell'avvenuto recesso.

Si ritiene, sul punto, che l'importo massimo di tale voce di danno non possa in alcun caso superare il 10% del costo del pacchetto turistico (al netto di spese, tasse ed altri oneri aggiuntivi non riconducibili alla natura di corrispettivo del servizio).

Trattasi di percentuale che si ritiene di poter quantificare ricorrendo all'applicazione analogica di quella di pari importo fissata dall'art.122 dPR 21/12/99 n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11/2/04, n. 109) per l'esercizio del diritto di recesso della stazione appaltante, utilizzata dalla giurisprudenza amministrativa per la quantificazione del lucro cessante spettante all'impresa illegittimamente non dichiarata aggiudicataria dell'appalto di opere pubbliche e di servizi (*TAR Veneto, n.2054/05*), a tanto corrispondendo il margine di guadagno che avrebbe presuntivamente conseguito dalla esecuzione dei lavori (*TAR Sicilia, Catania, 20/10/05, n. 1792; Cons.St., sez.IV, 15/2/05, n. 478 ed altre*).

Percentuale che dovrà ridursi al 5% del menzionato importo ove emerga che il recesso del consumatore sia avvenuto con un margine di anticipo sufficiente per permettere, secondo *l'id quod plerumque accidit*, di individuare altro offerente (*in tal senso Cons.St., sez.V, 27/9/04, n. 6302 sulla riduzione della perdita di utilità dal 10% al 5% ove si possa ritenere, dall'esame degli atti, che l'impresa abbia potuto utilizzare la propria organizzazione di mezzi e manodopera per lo svolgimento di analoghi lavori, servizi o forniture*).

Dovrà perciò ravvisarsi comunque l'eccessività di importi (a titolo di risarcimento del danno, di penale o altro titolo equivalente) che superino l'entità del 10% del costo del pacchetto turistico, mentre l'entità di quelli compresi fra il 5% ed il 10% dovrà essere valutato caso per caso in rapporto al momento in cui è intervenuto il recesso.

L'art.92 D.cit. non contempla, invece, l'ipotesi del recesso per **impedimento del viaggiatore sopraggiunto prima della partenza per motivi a lui non imputabili**: in tal caso è stato riconosciuto allo stesso, nonostante qualunque diverso patto contrattuale, il diritto alla restituzione della caparra versata all'atto della prenotazione del viaggio, dovendo invece tenere indenne l'agente di viaggi dalle spese da questi anticipate e dalle penalità pagate (cfr *Corte appello Genova, 1 settembre 2004 M.F.R. c. Soc. A.V. , riguardante il ricovero ospedaliero del turista a seguito di sinistro*).

Con tale decisione è stata data applicazione all'**art.86, c.1, lett.d)** D.cit. laddove esclude che il versamento della caparra sia disciplinato dall'art.1385 c.c. (contenente, al comma 1, il diritto dell'*accipens* recedente dal contratto per inadempienza della controparte, di trattenere il relativo importo) nell'ipotesi di recesso dipendente da fatto sopravvenuto non imputabile.

Una eventuale clausola contrattuale che prevedesse, in siffatti casi, il diritto dell'*accipens* di trattenere la caparra e il pagamento di ulteriori somme comunque denominate (dovendosi le stesse necessariamente ricondursi al *genus* della caparra, così come previsto dall'art.86, c.1, lett.d cit.), risulterebbe perciò, a mente dell'art.1419 c.c., nulla per contrarietà a norma imperativa.

Vessatorie dovrebbero ritenersi, inoltre, le limitazioni di responsabilità previste a favore del venditore/organizzatore nel caso in cui, **prima della partenza**, il pacchetto turistico venisse **cancellato** per qualsiasi motivo diverso dall'inadempimento del consumatore: a quest'ultimo, in tal caso, non potrebbe negarsi il diritto riconosciuto dall'**art.92, c.1**, D.cit. di usufruire incondizionatamente di un pacchetto alternativo (di valore superiore, pari o, con restituzione della differenza di prezzo, inferiore a quello originario) o di rifiutare qualsiasi soluzione alternativa e di ottenere il rimborso, entro 7 giorni lavorativi, della somma di danaro già

corrisposta, oltre al risarcimento del danno dipendente dalla mancata esecuzione del contratto (**art.92, c.2**, D.cit.), salvo, in quest'ultimo caso, che il venditore/organizzatore dimostri, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1218 c.c. e **92, c.3**, D.cit., che l'inadempimento è dipeso da forza maggiore.

Qualsiasi clausola che privasse, totalmente o parzialmente, il consumatore dei suindicati diritti, ovvero li sottoponesse a limitazioni o condizioni, risulterebbe inevitabilmente vessatoria ai sensi dell'**art.33, c.2, lett.b)**, D.cit. e financo nulla ai sensi dell'**art.36, c.2, lett.b)**, D.cit..

Parimenti squilibrata a favore del venditore/organizzatore dovrà ritenersi la clausola senz'altro tesa a riconoscere a quest'ultimo la possibilità di annullare il contratto nel caso di mancato raggiungimento del numero minimo di partecipanti, con la sola conseguenza di dover garantire al turista la possibilità di scegliere tra un viaggio alternativo ed il rimborso delle somma già versate: tale previsione, ove non accompagnata dall'indicazione del numero minimo di partecipanti e del momento entro il quale il medesimo avrebbe dovuto raggiungersi, risulterebbe parzialmente riprodotiva dell'**art.92, c.3**, D.cit. (perciò sottoponibile, per gli anzidetti motivi, al giudizio di vessatorietà) in danno del consumatore, in quanto idonea a vincolare quest'ultimo fin dall'atto della prenotazione ovvero dell'iscrizione, lasciando invece l'operatore turistico libero di scegliere se e quando vincolarsi, perciò integrandosi la fattispecie disciplinata dall'**art.33, c.2, lett.d)** ("prevedere un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà").

Solo la presenza delle suindicate condizioni e della previsione della comunicazione dell'avveramento delle stesse almeno venti giorni prima della partenza, sarà perciò in grado di sottrarre la clausola al giudizio di vessatorietà.

L'art.92 cit. contempla, infine, il recesso del consumatore **dopo la partenza**, ove una parte essenziale dei servizi previsti dal contratto non possa essere effettuata (**art.91, c.4**, D.cit.) ed il consumatore decida di **non accettare le soluzioni alternative** proposte dall'organizzatore-venditore.

E' intervenuto, sul punto, il Tribunale di Roma (*sent.26/11/03*) che ha ritenuto legittimo il rifiuto (e quindi il recesso), da parte del consumatore, della soluzione alternativa proposta dal venditore-organizzatore (pur equivalente a quella originaria), comportando essa una variazione essenziale del viaggio dedotto in contratto e, dunque, una nuova manifestazione di volontà da parte degli interessati, ritenendo perciò fondata la domanda di restituzione del costo del servizio non prestato e quella di risarcimento dei danni (a

titolo di disagio determinato dal disservizio provocato dalla non integrale esecuzione del contratto) conseguiti al primo a seguito dell'inesatto adempimento del tour-operator, dovendosi, sul punto, ritenere nulla la pattuizione, a favore di quest'ultimo, di limitazioni di responsabilità, in quanto rientranti nella previsione di cui all'**art.36, c.2, lett.b)** ("escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di inadempimento inesatto da parte del professionista").

Principio, quest'ultimo, applicabile anche all'ipotesi di "**eccesso di prenotazione**" (**art.92, c.3**, D.cit.), altrimenti definito "**overbooking**", che ricorre ogni volta in cui il numero delle vendite del pacchetto o del singolo servizio turistico superi l'effettiva disponibilità di posti, seguito dal rifiuto dell'imbarco del passeggero in possesso di regolare biglietto e con prenotazione confermata; prassi introdotta dalle compagnie aeree per compensare le disdette dell'ultimo momento ed oggi disciplinata, in tale settore di attività, dal Regolamento CE 11/2/04, n.261 (04/261/CE: Regolamento che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo e di ritardo prolungato, in vigore dal 17/2/05).

Il Legislatore nazionale ha escluso l'*overbooking* dalle cause di forza maggiore, neppure assimilandolo al mancato raggiungimento del numero minimo di partecipanti (presentando, tale ultima ipotesi, una componente di alea idonea a determinare, in determinati casi, l'esonero di responsabilità per gli ulteriori danni patiti dal consumatore) e decidendo di ricondurlo a qualsiasi altra ipotesi di inadempimento, costituendo esso il risultato tipico di una cattiva organizzazione del "tour operator" a questi pienamente imputabile (*in tal senso Trib. Monza, 15/2/05*).

In conseguenza della descritta situazione, il consumatore beneficerà della tutela accordata dall'**art. 91, c.4 e c.5**, D.cit. (modifiche delle condizioni contrattuali dopo la partenza), dall'**art. 92** D.cit. (diritti del consumatore in caso di recesso) e dall'**art.93** D.cit. (diritto del consumatore al risarcimento del danno, consistente non solo nella differenza fra il prezzo versato e quello corrispondente alla categoria peggiore propria della diversa struttura ricettiva utilizzata, ma anche nel danno da vacanza rovinata -*in tal senso Trib. Torino, 28/11/96-*); danno che, ove dimostrato dal consumatore, si aggiungerà all'indennità riconosciuta dal menzionato Regolamento CE (*in tal senso GdP Cagliari 15/5/02 -Dore c. soc.M.-*).

Anche nel caso di *overbooking*, pertanto, la clausola contenente limitazioni dei suindicati diritti del consumatore rientrerà fra quelle che si presumono vessatorie (**art.33, c.2, lett.b**, D.cit.), oltretutto risultare nulla (**art.36, c.2, lett.b**, D.cit.).

CLAUSOLE DI RECLAMO

Trattasi di fattispecie disciplinate dall'**art.98** D.cit., contenente, da un lato, l'onere di contestare "senza ritardo" qualsiasi mancanza nell'esecuzione del contratto (c.1), dall'altro, la facoltà ("Il consumatore può altresì...") di sporgere reclamo con raccomandata con avviso di ricevimento entro e non oltre dieci giorni lavorativi dalla data del rientro nel luogo di partenza (c.2).

La formulazione letterale dell'**art.98, c.1**, D.cit. induce a ritenere che l'onere della contestazione debba ricondursi al principio generale di cui al combinato disposto degli artt. 1175 e 1375 c.c., laddove impone alle parti contrattuali l'adempimento delle rispettive obbligazioni nel rispetto delle **regole di correttezza e buona fede**.

Trattasi di principio che, indipendentemente dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali, opera quale limite all'esercizio di una pretesa, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto (*in tal senso Cass., sez.II, 18/10/04, n.20399*).

Al riguardo, anche un semplice ritardo di una parte nell'esercizio di un diritto (quale quello di agire per far valere l'inadempimento della controparte), può dar luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, ove, non rispondendo ad alcun interesse del suo titolare, si traduca in un danno per la controparte (*in tal senso Cass., sez.III, 15/3/04, n. 5240*), perciò legittimando di quest'ultima il rifiuto di adempiere all'obbligazione risarcitoria per un danno patito dal creditore per il suo comportamento contrario a buona fede (*in tal senso Cass., sez.II, 16/1/97, n. 387*, laddove, in motivazione, ha ritenuto giustificate le inadempienze dell'appaltatore provocate dall'inadempienza dell'appaltante all'obbligo di cooperazione).

Il venditore/organizzatore risponderà, quindi, solo delle proprie mancanze che, sebbene tempestivamente contestate dal consumatore, non siano state rimosse, e non anche di quelle che siano la conseguenza di una tardiva segnalazione.

Circa il **comma 2° dell'art.98** cit., varrà il principio secondo il quale la natura perentoria di un termine fissato per l'esercizio di un diritto, non espressamente prevista dalla legge, possa desumersi anche in via interpretativa, purchè la legge stessa autorizzi tale interpretazione, comminando, sia pure implicitamente, ma in modo univoco, la perdita del diritto in caso di mancata osservanza del termine di cui si tratta (*in tal senso Cass., sez.I, 26/6/00, n. 8680*).

Nulla di tutto ciò si rinviene nella norma in esame, dove, al contrario, l'utilizzo del termine "può" e l'assenza di espressioni riconducibili alla perdita del diritto, non autorizzano l'individuazione di decadenze di sorta, peraltro neppure contemplate nella Direttiva 90/314/CEE (della quale il D.cit. costituisce attuazione).

In tal senso si è pronunciata, del resto, la più recente giurisprudenza formatasi sull'art.19 D.Lgs.n.111/95 (oggi sostituito dall'art.98 cit.), secondo cui: *"Il mancato reclamo scritto entro dieci giorni, di cui all'art. 19, comma 2, d.lg. 17 marzo 1995 n. 111, non determina una decadenza dall'azione giudiziale contro il venditore o l'organizzatore di un pacchetto turistico. È inoltre vessatoria la clausola del contratto che istituisca una simile decadenza"* (Tribunale Roma, 2 ottobre 2003).

Una eventuale clausola che prevedesse adempimenti sanzionati con la decadenza, ovvero imponesse la contestazione immediata ovvero un termine più ristretto per il reclamo, dovrebbe ricondursi, quindi, alla presunzione di vessatorietà di cui all'art.**33, c.2, lett.t)** D.cit. ("sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni ...inversioni o modificazioni dell'onere della prova....").

CLAUSOLE RIGUARDANTI LA RESPONSABILITÀ DEL VENDITORE-ORGANIZZATORE

a) inadempimento risarcibile

La responsabilità del venditore/organizzatore risulta disciplinata dagli **artt. 93, 94, 95 e 96** D.cit.

La prima di tali norme estende i casi di responsabilità a tutte le obbligazioni assunte con il contratto, ferme restando le responsabilità maturate per violazione degli obblighi previsti dagli articoli precedenti.

Responsabilità derivante sia dalla mancata prestazione dell'intero servizio offerto (mancato adempimento), che dallo svolgimento solo parziale del servizio od in difformità da quello previsto in contratto (parziale adempimento).

Ipotesi, quest'ultima, nella quale rientra anche l'omessa predisposizione dei servizi come illustrati negli opuscoli informativi messi a disposizione del turista.

Va aggiunto che le sezioni unite della Corte di Cassazione (*sent.n.13533/2001*), risolvendo un contrasto giurisprudenziale, hanno definitivamente stabilito che, in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno ovvero per l'adempimento –salvo che si tratti di obbligazione negativa- debba soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione delle circostanze dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento.

Una clausola, quindi, che ponesse a carico del consumatore un regime probatorio diverso da quello ora descritto, incorrerebbe, quindi, nella presunzione di vessatorietà di cui all'**art.33, c.2, lett.t)** D.cit..

b) soggetti ritenuti responsabili

L'**art.93** D.cit. individua nell'organizzatore e nel venditore i soggetti tenuti al risarcimento del danno e ciò "secondo le rispettive responsabilità".

Trattasi di responsabilità contrattuale che consegue al "mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni assunte con la vendita del pacchetto turistico".

Parte della giurisprudenza distingue, sul punto, il **contratto di organizzazione del viaggio** (figura negoziale rientrante nell'ambito dell'appalto di servizi) alla stregua del quale il *tour operator* si obbliga a proprio nome a procurare al viaggiatore, per un prezzo globale, una serie più o meno ampia di prestazioni (ad esempio prenotazioni di biglietti, soggiorni) comprensive del trasporto, dal **contratto di intermediazione di viaggio** in base al quale un venditore si obbliga a procurare al viaggiatore, per un determinato prezzo, sia un contratto di organizzazione del viaggio, sia uno dei servizi separati che permettono di effettuare un viaggio: tale seconda tipologia negoziale è configurata come mandato con rappresentanza conferito dal viaggiatore, con la conseguenza che il venditore non sarà responsabile della mancata o difettosa esecuzione delle prestazioni in cui si concreta il viaggio bensì unicamente della violazione di siffatto mandato (*in tal senso Tribunale Mantova, 4 marzo 2005*).

Tale impostazione troverebbe riscontro in quanto disposto dall'art. 17 legge 27/12/1977 n.1084 (*"Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio -CCV-, firmata a Bruxelles il 23 aprile 1970", che, all'atto del suo deposito, è stata dal nostro Governo limitata nell'applicabilità ai soli contratti di viaggio internazionali ossia a quelli che "debbono essere eseguiti totalmente o parzialmente in uno Stato diverso dallo Stato in cui il contratto è stato stipulato o da dove il viaggiatore è partito" e ciò avvalendosi della riserva prevista dall'art. 40, lett. a, della Convenzione*), laddove specifica che il contratto concluso dall'intermediario con l'organizzatore di viaggi "è considerato come se fosse stato concluso dal viaggiatore": la norma intende tutelare il cliente che non ha concluso direttamente i contratti di prestazione di servizi, e ne diviene parte sostanziale, attraverso il riconoscimento dell'intermediario quale suo rappresentante.

Parallelamente, il successivo art. 18 CCV assoggetta l'intermediario all'obbligo di informare il cliente della propria qualità, salvo rispondere, in caso contrario, a titolo di organizzatore.

Seguendo tale impostazione, dovrà ritenersi applicabile anche il corollario (normato dall'art. 22 della legge n. 1084 del 1997), secondo il quale l'intermediario (venditore) risponderà solo del proprio operato, ed in ragione di carenze sotto il profilo della diligenza nello svolgimento della propria attività, secondo i limiti di responsabilità, posta in genere a carico del mandatario.

La responsabilità cui egli è tenuto, si spingerà, pertanto, anche ad un eventuale profilo di *culpa in eligendo*, purchè si dimostri un nesso di causalità diretto tra danno e mancanza di diligenza professionale, nel caso di specie, negligenza o mancanza di accuratezza nella scelta del fornitore del servizio.

In linea con tale impostazione risulta perciò la giurisprudenza che ha affermato la responsabilità del "tour operator" per il danno patito dal turista, in conseguenza del furto di valori affidati alla società di gestione del *residence* preso in locazione, a meno che non provi il caso fortuito o la forza maggiore e che nel caso di grave ed inescusabile inadempimento del "tour operator" sussista nei confronti del viaggiatore la responsabilità solidale dell'intermediario di viaggi "per culpa in eligendo", a meno che non si dimostri che al momento in cui ha messo in contatto il viaggiatore e l'organizzatore del viaggio, quest'ultimo presentava serie garanzie di affidabilità (*in tal senso Tribunale Roma, 3 giugno 2002 -Sella e altro c. Soc. CIT Italia e altro-*).

Secondo la migliore dottrina, ciò che si richiede tuttavia, non è una ordinaria diligenza, bensì un grado di accuratezza maggiore, comprendente tutti i comportamenti e le cautele che è legittimo attendersi non dall'uomo medio, ma da un professionista: la colpa dovrà essere valutata, quindi, con particolare rigore, in relazione al fatto che l'utente confida nella particolare competenza tecnica ed esperienza professionale del venditore, nello svolgimento dell'attività diretta a procurargli i servizi pattuiti.

Evidente, in tal caso, è il riferimento al superiore grado di diligenza posto a carico del professionista dall'art.1176 c.c., rispetto a quella normalmente gravante sul debitore.

Sembra preferibile, tuttavia, regolare la responsabilità contrattuale del venditore e dell'organizzatore ricorrendo alle **regole del mandato** disciplinanti il contratto fra organizzatore e venditore, militando a sostegno di tale soluzione:

a) l'applicabilità della l.n.1084/77 ai soli contratti di viaggio "internazionali", quindi non estensibile, se non attraverso un suo richiamo pattizio, ai contratti stipulati e da eseguirsi interamente su territorio nazionale.

b) la prevalenza del D.Lgs.n.206/05 su ogni diversa pattuizione o fonte normativa (**artt. 142, 143 e 144** D.cit.).

c) il disposto dell'**art.83, c.2**, D.cit., secondo cui l'organizzatore può vendere pacchetti turistici direttamente o tramite un venditore, con implicito riferimento alla disciplina contenuta negli artt. 1703 e segg. c.c..

Ne deriva che, se al mandatario-venditore è stato conferito il potere di agire in nome del mandante, si applichino, a mente dell'art.1704 c.c., anche le norme di cui agli artt.1387 e segg. c.c. e, segnatamente, l'art.1388 c.c., secondo cui il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato.

Varrà, sul punto, il principio secondo cui, in tema di mandato con rappresentanza, la "contemplatio domini" - che assolve alla duplice funzione di esteriorizzare il rapporto di gestione rappresentativa esistente tra il rappresentante ed il rappresentato, e di rendere conseguentemente possibile l'imputazione al secondo degli effetti del contratto concluso in suo nome dal primo - deve risultare da una dichiarazione espressa ed univoca.

Va precisato che nei casi in cui l'attività contrattuale sia a forma libera, la spendita del nome del rappresentato non esige l'impiego di formule solenni o l'osservanza di un preciso rituale, e potrà essere manifestata anche attraverso un comportamento del rappresentante che, per univocità e concludenza, sia idoneo a portare a conoscenza dell'altro contraente che egli agisce per un soggetto diverso, nella cui sfera giuridica gli effetti del contratto concluso sono destinati a prodursi direttamente.

Ove, invece, il potere rappresentativo sia conferito in relazione al compimento di una attività negoziale per la quale è richiesta la forma scritta "ad substantiam", non solo l'esistenza del potere stesso dovrà essere documentata in una procura avente la stessa forma dell'atto da eseguirsi, ma la spendita del nome del rappresentato dovrà essere espressa e risultare "ad substantiam" dallo stesso documento contrattuale, non essendo sufficiente che la procura sia esistente o che la stessa sia stata esibita, o che l'altro contraente sia a conoscenza della sua esistenza, nè rilevando l'eventuale affidamento di costui sulla esistenza del potere di rappresentanza (*in tal senso Cass., sez.II, 13/4/05, n. 7640*).

Pertanto, ove il contratto di vendita di pacchetti turistici (per il quale è richiesta, come già detto, la forma scritta *ad substantiam*) non indichi espressamente i poteri di rappresentanza conferiti dal mandante-organizzatore al mandatario-venditore, non ricorrerà la fattispecie del mandato con rappresentanza, per effetto del quale il mandante è direttamente obbligato nei confronti dell'altro contraente (art.1705 c.c.) come se l'affare gestito fosse suo proprio, e nessun rapporto si costituirà tra il mandante ed il consumatore-terzo, anche

se il contratto involga interessi esclusivamente propri del mandante, e l'altro contraente non ignori l'esistenza di quest'ultimo.

Allo stesso modo, nel caso in cui il mandatario-venditore con rappresentanza ecceda i poteri conferitigli dal mandante-organizzatore (art.1711 c.c.), acquisterà i diritti ed assumerà gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con il consumatore-terzo limitatamente a quelli che esorbitino il mandato.

Al contrario, in presenza di una valida *contemplatio domini* debitamente contenuta nel documento contrattuale, gli effetti del contratto intercorreranno esclusivamente fra mandante-organizzatore e consumatore-terzo, non rinvenendosi alcuna norma o principio che consenta, dall'esistenza di un mandato, di far derivare la responsabilità diretta del mandatario nei confronti del terzo creditore, poiché, salvo diversa ed autonoma pattuizione intercorsa col consumatore, il mandatario-venditore non assumerà nei confronti di quest'ultimo alcuna obbligazione.

In ogni caso, anche negando il requisito della forma scritta *ad substantiam* del contratto di vendita di pacchetti turistici, dovrà nondimeno ritenersi applicabile l'art.1392 c.c. ("forma della procura") in forza del quale la procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere.

Dalla necessaria forma scritta del contratto di vendita di pacchetti turistici, in quanto esplicitamente imposta dall'**art.85, c.1**, D.cit., conseguirà perciò l'inefficacia di una procura a vendere tali pacchetti che non sia stata formalizzata in un documento.

Ai fini che qui interessano, discutere se il contratto di vendita di pacchetti turistici richieda o meno la forma scritta *ad substantiam*, assume quindi il valore di mera disputa accademica, posto che la spendita del nome del rappresentato, che non tragga origine da una procura scritta, non varrà a determinare l'insorgenza del vincolo contrattuale direttamente nei confronti del rappresentato (ex art.1388 c.c.).

In tal caso, salvi gli effetti della ratifica scritta (ex art.1399 c.c.), il venditore che abbia contratto come rappresentante senza averne i poteri, sarà responsabile, a mente dell'art. 1398 c.c., del danno che il consumatore abbia sofferto per aver confidato senza colpa nella validità del contratto.

Né il venditore, per dimostrare l'affidamento colpevole del consumatore (cui consegue il venir meno dell'obbligo risarcitorio) potrà efficacemente invocare di quest'ultimo la condotta omissiva - consistente nel non aver controllato se chi si qualifichi rappresentante abbia i relativi poteri- allorché per la valida esistenza degli stessi sia necessaria la forma scritta *ad substantiam* (*in tal senso Cass., sez.III, 9/7/01, n. 9289*).

Ne deriva che, in siffatti casi, qualsiasi limitazione di responsabilità contrattualmente prevista a favore del venditore circa il pregiudizio conseguito al consumatore, risulti radicalmente nulla ai sensi dell'**art.36, c.2**, D.cit. e comunque rientrante nella presunzione di vessatorietà di cui all'**art.33, c.2, lett.b)** D.cit..

L'**art.93** D.cit., nel prevedere che in caso di mancato od inesatto adempimento delle obbligazioni assunte con la vendita del pacchetto turistico, l'organizzatore ed il venditore siano tenuti al risarcimento del danno "secondo le rispettive responsabilità", sembra perciò legittimare una distribuzione delle obbligazioni, fra venditore ed organizzatore, secondo quanto previsto dalle norme sul mandato.

Nella pratica risulterà, tuttavia, assai difficile che il contratto di vendita di pacchetti turistici contenga il chiaro riferimento a poteri di rappresentanza che risultino conferiti dall'organizzatore al venditore con procura scritta, il più delle volte assistendosi alla sola **sottoscrizione del contratto da parte dell'agenzia turistica** anche nel caso in cui il medesimo riguardi prestazioni interamente ed esplicitamente organizzate e rese da un distinto *tour operator*.

Tale *modus operandi* rientrerà in quello tipico del mandatario che agisca in nome proprio, incorrendo, pertanto, ai sensi dell'art.1705 c.c., nella responsabilità diretta per le obbligazioni scaturenti dal contratto.

Anche in questo caso, qualsiasi limitazione di responsabilità prevista in contratto a favore del venditore circa le obbligazioni derivanti dalle prestazioni che formino oggetto del pacchetto turistico, risulterà nulla ai sensi dell'**art.36, c.2**, D.cit. e comunque rientrante nella previsione di vessatorietà di cui **all'art.33, c.2, lett.b)** D.cit..

Nullità e vessatorietà che, nel caso di valida *contemplatio domini* ovvero di contratto stipulato direttamente col mandante-organizzatore, affliggeranno, anche ai sensi dell'**art. 33, c.2, lett.q)** D.cit., le clausole di esonero di responsabilità a favore di quest'ultimo circa le obbligazioni derivanti dalle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico.

Devono, da ultimo, segnalarsi i casi in cui il contratto contenga, fra le varie clausole, quella con la quale il consumatore **attribuisca all'agenzia di viaggi l'incarico di acquistare pacchetti turistici presso soggetti terzi**, all'uopo conferendo a quest'ultima la veste di mandataria con poteri di rappresentanza, sia esplicitamente che attraverso il richiamo dell'art.17 l.n.1084/77.

In tal caso, il venditore acquisterà contemporaneamente la veste di rappresentante del consumatore -da un lato- e dell'organizzatore (in caso di valida *contemplatio domini*) o di sé stesso (in caso di

inespressa od invalida spendita del nome del rappresentato) - dall'altro-.

Tale situazione è in grado di determinare l'annullabilità del contratto di vendita del pacchetto turistico nel caso in cui il medesimo evidenzi, ai sensi dell'art.1394 c.c., un contenuto lesivo degli interessi del consumatore per difformità dal D.Lgs.n.206/05, la cui massima espressione è costituita dalla presenza di clausole vessatorie.

Queste ultime, costituendo palese deroga al contenuto legale del contratto, rendono conoscibile da chiunque il conflitto che caratterizza l'operato del rappresentante-venditore, in quanto portatore di interessi incompatibili con quelli del rappresentato-consumatore, sì che all'utilità conseguita o conseguibile dal primo, corrisponde o può corrispondere il danno del secondo (*cf. in termini generali, Cass., sez.III, 26/9/05, n. 18792*).

Una siffatta clausola è in grado, quindi, di comportare sia l'accoglimento della domanda di annullamento del contratto eventualmente proposta dal consumatore-rappresentato (art.1394 c.c.), che un significativo squilibrio, a favore del venditore/organizzatore-rappresentante, dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, rientrando così nella previsione di vessatorietà di cui all'**art.33, c.1**, D.cit., a sua volta tale da determinare la nullità della clausola (**art.36, c.1**, D.cit.).

c) responsabilità per fatto dei collaboratori

L'**art.93, c.2**, D.cit. dispone che "L'organizzatore o il venditore che si avvale di altri prestatori di servizi è comunque tenuto a risarcire il danno sofferto dal consumatore, salvo il diritto di rivalersi nei loro confronti".

Tale norma costituisce applicazione sia del principio generale contenuto nell'art.1228 c.c. ("Responsabilità per fatto degli ausiliari": "Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro"), che di quello contemplato dall'art. 2049 c.c. ("Responsabilità dei padroni e dei committenti": "I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti").

Potrà trattarsi sia di responsabilità del venditore/organizzatore per danni alla persona del consumatore, a questi occorsi durante lo svolgimento del servizio fornito dall'ausiliario (*cf. Trib. Roma, 31/5/04, secondo cui nel contratto di viaggio turistico, l'organizzatore è responsabile, ex artt.1228 e 2049 c.c., dell'operato dell'accompagnatore del gruppo di viaggiatori, il quale abbia scelto in loco un vettore inadoneo per il mezzo usato o per il conducente utilizzato*), che per danni diversi da quelli alla persona (*cf.*

Trib.Torino, 28/11/96, cit., secondo cui l'organizzatore di viaggi italiano risponde per il caso di overbooking anche qualora tale disservizio si verifichi per fatto dell'agenzia straniera, intermediaria tra l'organizzatore e il servizio, ovvero per un fatto del fornitore del servizio medesimo).

Trattasi di responsabilità "comunque" gravante sul venditore od organizzatore, in ordine alla quale non sembra ipotizzabile una vera e propria responsabilità oggettiva che non ammette prova contraria, dovendosi pur sempre ritenere operante il principio generale di cui all'**art.93, c.1**, D.cit.: per liberarsi dalle conseguenze di tale inadempienza, i medesimi dovranno perciò provare il caso fortuito e cioè che il mancato od inesatto adempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile neppure all'ausiliario; causa da individuarsi, ai sensi dell'**art.96** D.cit., nel fatto dello stesso consumatore o del terzo a carattere imprevedibile o inevitabile ovvero nel caso fortuito o di forza maggiore (*in tal senso Cass., sez.III, 16/2/00, n.1712 con la quale, per il caso di sottrazione della merce, è stata affermata la responsabilità del vettore per fatto dell'ausiliario incaricato della custodia del carico, salva la dimostrazione del fortuito quale causa della sottrazione, consistita nell'uso della violenza e minaccia; Trib. Milano sez.XI, 27/1/04 che ha ravvisato la responsabilità dell'organizzatore per i danni occorsi al turista nel corso di una escursione compresa nel catalogo generale, in mancanza di prova liberatoria, da parte dell'organizzatore, che l'incidente sia dipeso da fatto del terzo imprevedibile*); si tratterà, invece, inadempimento per fatto dello stesso consumatore nel caso, ad es., in cui il danno sia occorso nell'ambito di escursione non prevista nel pacchetto offerto dal tour operator organizzatore del viaggio, ma dal turista acquistata in loco autonomamente.

Di qui la nullità, ex **art.36, c.2**, D.cit., di qualsiasi limitazione di responsabilità e di inversione dell'onere probatorio prevista in contratto (diversa da quelle di cui all'**art.96** cit.) a favore del venditore/organizzatore per fatti ascrivibili ai rispettivi prestatori di servizi, comunque idonea a ricadere nella presunzione di vessatorietà di cui all'**art.33, c.2, lett.b) e t)** D.cit..

d) responsabilità per danni alla persona

L'**art. 94** D.cit. sancisce il diritto del consumatore al risarcimento dei danni alla persona conseguenti all'inadempimento o all'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico.

La versione originaria dell'articolo in commento circoscriveva l'entità del danno risarcibile ("*...è risarcibile nei limiti stabiliti delle*

convenzioni internazionali che disciplinano la materia...") attraverso il richiamo ai massimali previsti dalle seguenti Convenzioni internazionali:

- a) nel caso di danni riportati nel corso di un viaggio aereo, alle norme di cui alla Convenzione di Varsavia del 12/10/1929 (per ciò che qui interessa indicanti, per lesioni personali e morte del passeggero, un risarcimento massimo di 100.000 DSP -diritti speciali di prelievo, il cui valore è fissato quotidianamente dal Fondo Monetario Internazionale- per ciascun passeggero);
- b) nel caso di danni occorsi durante un trasporto ferroviario, alle norme di cui alla Convenzione di Berna del 25/2/1961 (indicante, per lesioni personali e morte del passeggero, un risarcimento massimo di 70.000 DSP per ciascun passeggero e, per gli eventuali ulteriori danni, rinviando al diritto nazionale);
- c) per ogni altra ipotesi di responsabilità dell'organizzatore e del venditore, alle norme di cui alla Convenzione di Bruxelles del 23/4/1970 (indicante, per i danni alla persona, un risarcimento massimo di 50.000 franchi oro Germinal).

L'art.14 del D.Lgs. 15/3/06, n. 151 ha, tuttavia, sostituito l'art.94 cit., che ora:

- 1) disciplina la responsabilità per danni alla persona (derivanti all'inadempimento o all'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico) attraverso il semplice richiamo "*...alle norme stabilite dalle convenzioni internazionali che disciplinano la materia, di cui sono parte l'Italia o l'Unione europea, così come recepite nell'ordinamento italiano...*" (c.1);
- 2) sancisce la nullità di "*...ogni accordo che stabilisca limiti di risarcimento per i danni di cui al comma 1*" (c.3).

Non vi sono dubbi che i danni alla persona riguardino quelli fisici.

In essi rientreranno anche quelli conseguenti al disagio ed allo stress provocati dall'inadempimento (ad es. per la mancanza di singoli servizi indicati negli opuscoli pubblicitari, con modifica delle condizioni programmate o deteriore trattamento del turista): secondo Corte Cost. 11/7/03 n.233 "*nell'astratta previsione dell'art.2059 c.c. deve ricomprendersi ogni danno di natura non patrimoniale derivante dalla lesione di valori inerenti alla persona: sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima, sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione all'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico; sia, infine, il danno derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale*".

Alla descritta nozione di danno non patrimoniale andrà ricondotto il c.d. **danno da vacanza rovinata** (danno emotivo-soggettivo conseguente allo stress subito, ad es., per l'assenza del servizio di

ristorazione, con conseguente onere di spostamento dal luogo dell'alloggio, di informarsi sui ristoranti esistenti nella località di vacanza, aggravato dal trovarsi in un paese straniero privi di proprio mezzo di locomozione), già riconosciuto da Corte Giust. Europea (sent.12/3/02 -causa C-168/00- relativamente ai disagi sofferti da una famiglia austriaca -il cui ordinamento interno prevede rigorosi limiti per la risarcibilità del danno morale- a seguito di intossicazione alimentare contratta nel luogo di vacanza) ed ora comunemente ammesso dai Giudici nazionali in forza di una nuova lettura dell'art.2059 c.c. (cfr Corte Cost. 11/7/03, n.233, cit.; Cass., 31/5/03, n.8827 e n.8828; Cass. 10/5/01 n.6507 e 3/7/01 n.9009) perciò riconoscendo tutela giuridica alla perdita cagionata dalla lesione di ogni situazione giuridica soggettiva riconducibile <<al libero dispiegarsi delle attività dell'uomo>>; tutela perciò rinvenuta nell'ambito del diritto nazionale, senza ricorrere ad esigenze di armonizzazione legislativa.

La valutazione, sul piano probatorio, delle conseguenze pregiudizievoli alla persona che non abbiano comportato un vero e proprio stato <<patologico>>, richiede l'applicazione dell'istituto delle presunzioni, comportante il dovere di motivare in ordine ai passaggi logici-giuridici che consentono di risalire da un fatto noto ad un fatto ignoto da provare.

Circa all'entità del pregiudizio risarcibile, inevitabile risulterà il ricorso alla valutazione del danno di cui all'art. 1226 c.c. ("Valutazione equitativa del danno": "Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa").

Secondo la più accreditata teoria (c.d. "personalistica") del risarcimento (cfr Cass., n.8827/03) dovrà considerarsi come base di calcolo per il risarcimento da vacanza rovinata il "costo delle ferie" e cioè le esigenze della persona ed il maggior sacrificio del lavoratore chiamato a rinunciare al periodo di riposo costituzionalmente garantito dall'art.36, c.3, Cost., tenendo in considerazione l'irripetibilità dell'occasione persa (es. viaggio di nozze, irretrattabilità ferie) nonché la rilevanza soggettiva ed oggettiva che la prestazione inadempita assumeva nell'ambito della prestazione complessivamente offerta (la quale, ove dotata del requisito dell'essenzialità -ad es. per l'impossibilità di partecipare al concerto di Capodanno a Vienna per mancata consegna dei biglietti-determina il venir meno dell'utilità del viaggio), sì che la quantificazione del danno dovrà tener conto non solo dell'occasione perduta, ma anche dello stress e dei disagi che un viaggio "inutile" ha comportato per il turista.

Come già detto, l'**art.94, c.3**, D.cit. (come modificato dall'art.14 D.Lgs.n.151/06) prescrive, infine, la nullità di ogni accordo che stabilisca limiti di risarcimento per i danni di cui al comma 1 della medesima norma.

Trattasi di applicazione della regola generale di cui all'**art.36, c.2, lett.b)** D.cit., tale, quindi, da determinare la nullità della clausola anche nel caso in cui la medesima risulti oggetto di trattativa individuale.

La clausola che eventualmente prevedesse limiti al risarcimento del danno ottenibile in applicazione dell'**art. 94, c.1**, D.cit., dovrebbe perciò ritenersi automaticamente sostituita con la previsione esame, ai sensi dell'art. 1339 c.c. ("Inserzione automatica di clausole": "Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge [o da norme corporative], sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti").

Per detta clausola opererebbe, comunque, la presunzione di vessatorietà di cui all'**art.33, c.2, lett.b)** D.cit..

Con disposizione derogatrice dell'art. 2946 c.c. ("Prescrizione ordinaria": "Salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, i diritti si estinguono per prescrizione con il decorso di dieci anni"), l'**art.94, c.2**, D.cit. dispone che il diritto al risarcimento del danno alla persona (derivante dall'inadempimento o dall'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico) si prescrive in tre anni dalla data del rientro del viaggiatore nel luogo di partenza, ponendo così serie difficoltà nell'individuazione del *dies a quo* ove, per qualsiasi motivo, il rientro avvenisse in luogo diverso da quello contemplato dalla norma.

Ove si tratti di danno conseguente all'inadempimento di prestazioni di trasporto, la precitata norma, con disposizione ulteriormente derogatrice della prescrizione ordinaria, individua il termine prescrizione (ulteriormente abbreviato) di un anno e di diciotto mesi, conformemente all'art.2951c.c..

Anche in tal caso, la clausola che eventualmente prevedesse termini prescrizionali più ristretti di quelli indicati dall'**art. 94, c.2**, D.cit., dovrebbe ritenersi, a mente dell'**art.36, c.2, lett.b)**, insanabilmente nulla ed automaticamente sostituita con la previsione in esame, ai sensi dell'art. 1339 c.c., operando comunque, in relazione alla stessa, la presunzione di vessatorietà di cui all'**art.33, c.2, lett.b)** D.cit..

e) responsabilità per danni diversi da quelli alla persona

Se ne occupa l'**art.95** D.cit. che:

- a) al **comma 1** introduce, in linea di principio, l'ammissibilità delle clausole che limitino l'entità del danno risarcibile, derivante dall'inadempimento o inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico.
- b) al **comma 2** dispone che l'eventuale limitazione di responsabilità non possa comunque essere inferiore, a pena di nullità, a 2000 franchi per il risarcimento dovuto a ciascun viaggiatore per il danno a cose ed a 5000 franchi per ogni altro danno (limite introdotto col richiamo all'art.13 della Convenzione di Bruxelles del 23/4/70, resa esecutiva dalla l.n.1084/77). Varranno, a proposito dell'inderogabilità di tali limiti, le considerazioni svolte, sul punto, in ordine ai danni fisici. Va segnalato, al riguardo, l'indirizzo giurisprudenziale che ritiene applicabile al danno da "vacanza rovinata", il limite minimo inderogabile di 5000 franchi previsto dall'art.13 cit. per "ogni altro danno" (*Trib. Firenze, 25/9/01 – Brandoli e altro c. soc. F. Me e altri-*; *Trib. Milano, 4/6/98 -Nonnato c.soc. S.Viaggi-*; *Trib. Torino, 28/11/96 -Alessandri e altro c. soc. P.Viaggi e altro-*).
- c) al **comma 3**, in virtù dell'esplicito richiamo all'art.13 l.n.1084/77 ed agli artt. da 1783 a 1786 c.c., valgono, in assenza di pattuizioni:
- 1) per il danno a cose, il limite minimo di cui all'art.13 della convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio (C.C.V., resa esecutiva con l.n.1084/77), pari a 2000 franchi;
 - 2) per le cose portate in albergo (art.1783 c.c.) ovvero case di cura, stabilimenti di pubblici spettacoli, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letto e simili (art.1786 c.c.) il limite costituito dal valore di quanto sia deteriorato, distrutto o sottratto, sino all'equivalente di cento volte il prezzo di locazione dell'alloggio per giornata (art.1783 c.c.);
 - 3) per le cose consegnate all'albergatore in custodia o che abbia rifiutato di ricevere in custodia pur avendo l'obbligo di accettarle non è previsto alcun limite massimo al risarcimento (art.1784 c.c.);
 - 4) per deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate in albergo, dovute a colpa dell'albergatore, dei membri della famiglia o dei suoi ausiliari, non è previsto alcun limite massimo al risarcimento (art.1785 bis c.c.);
 - 5) non sia dovuto alcun risarcimento ove:
 - 5a) la distruzione o sottrazione siano dovute al cliente, alle persone che lo accompagnano, che sono al suo servizio o che gli rendono visita, a forza maggiore o alla natura della cosa (art.1785 c.c.);
 - 5b) dopo aver constatato il deterioramento, la distruzione o la sottrazione, il cliente denunci il fatto all'albergatore con ritardo ingiustificato (art.1785 ter c.c.).

Il principio che ammette clausole che limitino l'entità del danno risarcibile (**art.95, c.1**, D.cit.) deve armonizzarsi, anzitutto, con quello contenuto nell'art.1229 c.c. laddove, al primo comma, sancisce la **nullità di qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave**.

Di conseguenza, per invocare la limitazione di responsabilità di cui sopra, l'organizzatore o il venditore avranno l'onere di provare, anzitutto, che l'inadempimento o l'inesatto adempimento concreti colpa lieve anziché grave.

In altri termini, la responsabilità rimarrà a carico del debitore, ove il medesimo non fornisca la prova di una causa, esattamente individuata, a lui estranea oppure di modalità della sua attività e inattività che ne comportino la sussunzione nella colpa lieve (*cfr. Cass., sez.III, 10/9/99, n. 9602; Cass. 21.3.1981 n. 1656*).

In caso di omesso assolvimento del descritto onere probatorio, la clausola limitativa della responsabilità risulterà, quindi, irrimediabilmente nulla ex artt.1229 c.c. e **36, c.2, lett.b)** D.cit., dovendosi perciò ritenere automaticamente sostituita da quella di cui all'**art.95,c.3**, D.cit..

La regola codificata nell'**art.95, c.1**, D.cit. è stata ulteriormente temperata dall'esplicito richiamo, ivi contenuto:

a) all'art.1341 c.c., che qui viene in considerazione nella parte in cui prescrive, sotto pena di inefficacia della relativa previsione, la specifica approvazione per iscritto della clausola contenuta nelle condizioni generali di contratto che stabilisca, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità.

Meritano di essere segnalate, sul punto, le decisioni secondo cui la disciplina di cui all'art. 1341 c.c. opera anche se la proposta contrattuale, pur provenendo formalmente dal contraente "debole", è in realtà predisposta dall'altro contraente secondo le proprie condizioni generali (*Tribunale Pavia, 13 gennaio 1999 -Credito it. c. Soc. I. e altro-*) e cioè quando colui che ha predisposto il modulo contenente le clausole negoziali rivolga alla controparte un invito a proporre la conclusione del contratto (sì da assumere la veste formale di oblato anziché di offerente), sempre che la proposta debba avvenire sulla base delle condizioni generali da lui stesso anticipatamente disposte (*Cass., sez.II, 22/5/96, n. 3407*).

Trattasi di decisioni che consentono di risolvere i problemi derivanti dalle modalità di conduzione delle trattative normalmente adottate dai venditori/organizzatori di pacchetti turistici, caratterizzate dalla predisposizione di condizioni generali di contratto sotto forma di proposta del consumatore.

E' stato perciò correttamente rilevato che l'inversione formale delle posizioni di proponente e di accettante non abbia, né possa avere alcun rilievo, in relazione all'applicabilità delle disposizioni degli artt.

1341 e 1342 c.c., posto che, diversamente, sarebbe assai facile sottrarsi alle prescrizioni della legge facendo figurare l'aderente come proponente.

In applicazione dell'art.1341 c.c. la limitazione dell'entità del danno risarcibile (diverso da quello alla persona), sotto pena di inefficacia, dovrà quindi risultare dotata di autonoma sottoscrizione e ciò anche nel caso in cui risulti ricompresa in condizioni generali formalmente predisposte dal consumatore.

b) agli **artt. da 33 a 37** D.cit., contenenti l'intera disciplina delle clausole vessatorie contenute nel contratto intercorso fra professionista e consumatore e cioè quelle che, per ciò che qui interessa, da un lato determinano a carico del consumatore, malgrado la buona fede, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (**art.33, c.1**, D.cit.), dall'altro escludono o limitano le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista (**art.33, c.2, lett.b** e **art.36, c.2, lett.b** D.cit.).

Trattasi di clausola limitativa di responsabilità, quindi, che, seppure ammessa in linea di principio, potrà risultare inefficace se non sia stata oggetto di specifica approvazione per iscritto (art.1341 c.c.) ovvero oggetto di trattativa individuale (art.34, c.4, D.cit.), mentre la nullità potrà ricollegarsi ad una parziale od inesatta riproduzione della disciplina dei limiti minimi inderogabili contenuti nell'**art.95, c.2**, D.cit. (richiamante disposizioni contenute in convenzioni internazionali), perciò inidonea a sottrarre la clausola dal test di vessatorietà, secondo quanto previsto dall'**art.34, c.3**, D.cit..

Tale ultima ipotesi, così come quella comportante il superamento dei limiti minimi inderogabili contenuti nell'**art.95, c.2**, D.cit. dovrà ritenersi perciò tale da determinare la insanabile nullità della clausola, secondo quanto disposto da quest'ultima norma e la sua sostituzione automatica con quella di cui all'**art.95, c.3**, D.cit..

L'**art.95, c.4**, D.cit., con disposizione nuovamente derogatrice dell'art.2946 c.c., individua in un anno il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, decorrente dal rientro del viaggiatore nel luogo di partenza.

Alle difficoltà conseguenti ad una eccessiva brevità del termine prescrizionale, si aggiungeranno, anche in questo caso, quelle conseguenti ad un rientro in luogo diverso da quello contemplato dalla norma.

Dovrà comunque considerarsi nulla, ai sensi dell'**art.36, c.2, lett.b)** D.cit., la clausola che preveda termini prescrizionali ulteriormente abbreviati, da ritenersi automaticamente sostituita con la previsione del termine prescrizionale annuale.

f) esonero di responsabilità

L'art. 96, c.1, D.cit. individua, come già detto, le condizioni in presenza delle quali il venditore/organizzatore potrà ritenersi liberato dalla responsabilità per danni alla persona e per quelli diversi, che derivino dall'inadempimento o dall'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico.

Trattasi di onere probatorio gravante sul venditore/organizzatore (*in tal senso Cass., sez.III, 9/11/04, n. 21343*) avente ad oggetto l'imputabilità dell'inadempimento al consumatore o al fatto del terzo a carattere imprevedibile ed inevitabile, ovvero al caso fortuito o di forza maggiore.

Tale regola costituisce applicazione del generale principio contenuto nell'art.1218 c.c. ("Responsabilità del debitore") secondo cui "Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

Esaminando ogni singola ipotesi di esonero di responsabilità indicata dall'art.96, c.1, D.cit., si osserva come l'**inadempimento imputabile al consumatore** debba ricondursi alla disciplina contenuta nell'art.1227, c.1, c.c. ("**Concorso del fatto colposo del creditore**"), comportante una diminuzione del risarcimento in misura direttamente proporzionale alla gravità della colpa ascrivibile al creditore.

L'applicazione di tale regola imporrà, quindi, di procedere all'analisi dell'efficienza causale del comportamento del consumatore in riferimento al grado di colpa che caratterizza la sua condotta.

Potrà, quindi, verificarsi l'ipotesi della totale esclusione della responsabilità del venditore/organizzatore ove il comportamento del consumatore risulti dotato di efficienza causale esclusiva nella determinazione dell'evento dannoso, come nel caso in cui quest'ultimo subisca un danno nel corso di escursioni alternative autonomamente acquistate in loco da ausiliari del *tour operator* e non comprese nel pacchetto turistico.

Si assisterà, invece, ad una mera riduzione del risarcimento nel caso in cui, pur risultando indimostrati il fatto del terzo, ovvero il caso fortuito o quello di forza maggiore, il consumatore abbia, ad es., aumentato il livello di rischiosità dell'escursione rinunciando ad indossare le cinture di sicurezza, riportando lesioni fisiche a seguito del sinistro in cui sia rimasta coinvolta l'autovettura noleggiata dal *tour operator*: in tal caso, l'entità del risarcimento dovrà diminuirsi della parte di responsabilità ascrivibile al comportamento colposo del consumatore, avendo contribuito eziologicamente alla produzione dell'evento dannoso, perciò riconducibile alla cooperazione fra debitore e creditore nell'azione produttiva dell'evento.

Il **fatto del terzo** (da identificarsi nel terzo estraneo all'organizzazione del *tour operator*, rispondendo quest'ultimo anche dell'operato di prestatori di servizi) sarà in grado di escludere la responsabilità del venditore/organizzatore ove intervenga, nella determinazione dell'evento dannoso, con un impulso autonomo e con i caratteri dell'imprevedibilità e della inevitabilità (*in tal senso Cass., sez.III, 16/5/90, n. 4237*).

Peraltro, perché l'impossibilità della prestazione costituisca causa di esonero del debitore da responsabilità, non sarà sufficiente eccepire che la prestazione non possa eseguirsi per fatto del terzo, ma risulterà necessario dimostrare la propria assenza di colpa con l'uso della diligenza spiegata per rimuovere l'ostacolo frapposto da altri all'esatto adempimento (*in tal senso Cass., sez.III, 5/8/02, n. 11717*).

Ove, pertanto, l'indisponibilità del mezzo di trasporto noleggiato dall'organizzatore sia la conseguenza di uno sciopero indetto dai dipendenti del vettore senza essere stato programmato, né preannunciato, il primo, per sottrarsi dalla responsabilità per inadempimento, dovrà almeno dimostrare di aver invano ricercato veicoli alternativi contattando tempestivamente altri operatori del settore.

Per invocare infine, l'esclusione di responsabilità derivante dal **caso fortuito o dalla forza maggiore**, non sarà sufficiente la prova generica dell'uso della normale diligenza ex art. 1176, comma 2, c.c., ma occorrerà la specifica indicazione delle misure concrete adottate e l'individuazione della causa che ha provocato il danno, con la conseguenza che rimarranno a carico del venditore/organizzatore i danni da causa ignota ed anche ove questi ometta di provare di non essere riuscito a prevenire l'evento nonostante l'adozione di ogni misura idonea a garantire la puntuale esecuzione della prestazione (*in tal senso Cass., sez.III, 27/10/04, n. 20787*).

Pertanto, ove la nave sia costretta, nel corso della navigazione, a cambiare rotta (così compromettendo la realizzazione del programma di viaggio) a causa di una tempesta, l'organizzatore dovrà dimostrare l'idoneità dell'evento atmosferico ad impedire di raggiungere il luogo di destinazione e di avere, invano, tempestivamente adottato ogni altra idonea misura per prevedere simili evenienze, anche attraverso l'individuazione di rotte alternative.

Allo stesso modo, il venditore/organizzatore dovrà provare di aver approntato, indipendentemente da un'espressa obbligazione contrattuale, un adeguato servizio di sorveglianza ed un preciso programma di rientro in albergo dopo la conclusione delle esercitazioni sciistiche dei minorenni a lui affidati, con un numero di accompagnatori congruo rispetto a quello dei partecipanti, atto a scongiurare, per quanto possibile, iniziative estemporanee o azioni

rischiose dell'uno o dell'altro partecipante, sempre prevedibili, data l'età giovanile e la situazione ambientale, obiettivamente pericolosa (*in tal senso Cass., sez.III, 27/10/03, n. 16090*).

Qualsiasi deroga alla suindicata disciplina di esonero di responsabilità che determini un ampliamento del casi di esclusione od una inversione dell'onere probatorio a vantaggio del venditore/organizzatore, dovrà ritenersi nulla in quanto ricadente nella previsione di cui all'**artt. 33, c.2, lett.b) e t) e 36, c.2, lett.b)** D.cit..

Ampliamento che potrà consistere anche nell'indicazione di circostanze ritenute idonee ad escludere la responsabilità del venditore/organizzatore, non contemplate nell'art.96 D.cit..

L'estensione dell'esonero di responsabilità a fattispecie non espressamente contemplate da quest'ultima norma, risulterà contraria, infatti, al carattere tassativo di detta elencazione (*in tal senso Cass., sez.III, 9/11/04, n. 21343*).

Costituisce inammissibile ampliamento dei casi di esonero di responsabilità del venditore/organizzatore, la clausola che imponga al consumatore (ad es. comprendendone il relativo costo nel pacchetto turistico) l'onere di stipulare **polizze assicurative** a copertura del rischio di annullamento totale o parziale dei servizi indicati in contratto.

Trattasi, infatti, di stipula che l'**art.87, c.2, lett.e)** D.cit. prevede sotto forma di facoltà liberamente esercitabile dal consumatore, evidentemente ricollegabile ai casi di annullamento per cause che il venditore/organizzatore sia in grado di ricondurre all'inadempimento dello stesso consumatore, o al fatto del terzo imprevedibile ed inevitabile ovvero al caso fortuito o alla forza maggiore (**art.96, c.1**, D.cit.), tali da escludere la responsabilità dello stesso venditore/organizzatore.

Diversamente, quest'ultimo, come già detto, sarà chiamato a rispondere di ogni tipo di conseguenza pregiudizievole derivante dall'annullamento del servizio, comprese le spese a ciò ricollegabili (**art.92, c.2**, D.cit.), il cui onere non potrà porsi a carico del consumatore, neppure sotto forma di premio assicurativo, che avrebbe l'effetto di escludere o limitare i diritti e le azioni nei confronti del professionista inadempiente, perciò incorrendo nei casi di nullità di cui agli **artt. 33, c.2, lett.b) e 36, c.2, lett.b)** D.cit..

La validità di previsioni contrattuali contenenti limitazioni alla responsabilità del venditore/organizzatore sarà, quindi, subordinata alla fedele riproduzione del contenuto dell'**art.96** cit.. (unica condizione idonea a sottrarre la clausola al test di vessatorietà, ex **art.34, c.3**, D.cit.), dovendo, in difetto, ritenersi formulate in violazione di norma a carattere inderogabile e perciò afflitte dalla nullità di cui all'art.1419 c.c. e da quella sancita dall'**art.36, c.2**,

D.cit. in quanto idonee ad escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista (per inadempimento totale, parziale o inesatto) oltre i casi ammessi dalla legge.

Si osserva, da ultimo, come l'**art.96, c.2**, D.cit. ponga a carico del venditore/organizzatore l'**apprestamento di ogni rimedio utile al soccorso del consumatore, al fine di consentirgli la prosecuzione del viaggio.**

Trattasi di obbligazione imposta per legge sul venditore/organizzatore, della quale non si rinvergono esempi nel codice civile, il cui adempimento grava comunque su quest'ultimo, anche nell'ipotesi in cui la necessità dell'intervento sia originata dal comportamento del consumatore, salvo, in tal caso, il diritto del professionista al risarcimento del danno.

Tale ultima domanda potrà essere rivolta:

a) in primo luogo nei confronti del consumatore, ove l'inesatta esecuzione del servizio sia a quest'ultimo imputabile. Varranno, in tal caso, le considerazioni svolte in tema di concorso del fatto colposo del creditore (art.1227 c.c.), dovendosi ritenere che il correlato onere probatorio gravi sul venditore/organizzatore. Ne deriva che per ottenere il risarcimento del danno conseguente all'apprestamento ed esecuzione del soccorso, il venditore/organizzatore sia tenuto a dimostrare che la relativa necessità sia in tutto o in parte dipesa dal comportamento colposo del consumatore. Qualsiasi previsione contrattuale intesa a limitare, a favore del venditore/organizzatore, la disciplina contenuta nell'**art.96, c.2**, D.cit. dovrà perciò ritenersi nulla per contrarietà a norma imperativa (art.1419 c.c.) e lesione del diritto di ottenere il soccorso (**art.36, c.2, lett.b**, D.cit.) e quindi automaticamente sostituita da quella in commento e, comunque, colpita dalla presunzione di vessatorietà ex **art.33, c.2, lett.t**) (ove sancisse, a carico del consumatore, inversioni o modificazioni dell'onere della prova) e **lett.b**) D.cit. (ove escludesse o limitasse le azioni od i diritti del consumatore nei confronti del professionista in caso di inadempimento dell'obbligazione tesa a garantire il soccorso.

b) nei confronti del terzo, ove il venditore/organizzatore dimostri che la necessità dell'effettuato soccorso sia originata dal comportamento colposo del primo e ciò anche in applicazione del generale diritto di surrogazione nelle ragioni del consumatore previsto dall'**art.97** D.cit..

CLAUSOLE DI DEROGA ALLA GIURISDIZIONE E ALLA COMPETENZA TERRITORIALE

Ai sensi dell'**art.33, c.2, lett.u**), D.cit., dovrà considerarsi presuntivamente vessatoria la clausola che individui quale sede del

Foro competente sulle controversie comunque derivanti dall'interpretazione ed esecuzione del pacchetto turistico, una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore a fronte dell'irragionevole aggravio di spese che dovrebbe affrontare il turista per promuovere un giudizio in una sede diversa, con conseguente squilibrio a favore dell'operatore (*in tal senso Trib. Palermo 2/6/98; Trib. Palermo 24/1/97*).

L'aumento dei costi per sostenere la propria difesa, unitamente allo scarso rilievo economico che normalmente caratterizza le controversie che riguardano il turista, risulterebbero, quindi, un fortissimo deterrente all'avvio di azioni giudiziarie nei confronti del venditore/organizzatore.

La menzionata norma, nel presumere la vessatorietà della clausola di un contratto stipulato tra un consumatore e un professionista, che stabilisca, come sede del Foro competente per le relative controversie, una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore, ha quindi introdotto un Foro esclusivo speciale, operante anche in assenza di una specifica clausola che in tal senso disponga e derogabile dalle parti solo con trattativa individuale (*in tal senso Cass., sez. III, 8/3/05, n. 5007*).

Ove tale ultima circostanza non risulti debitamente provata dal venditore/consumatore, la clausola contenente la deroga al Foro del consumatore dovrà ritenersi inefficace e quindi sostituita con la disciplina contenuta nella suindicata norma.

Parimenti soggetta a presunzione di vessatorietà, ai sensi dell'**art. 33, c. 2, lett. t)** D.cit., dovrà ritenersi la clausola di **deroga alla competenza dell'Autorità giudiziaria** e, quindi anche quella che devolvesse ad arbitri le controversie di cui sopra (*in tal senso Tribunale Savona, 16 agosto 200; Corte appello Roma, 07 maggio 2002 -ANIA c. Soc. N. T. assicur.-; Tribunale Torino 27/11/01 - Signorotto c. Soc. T. assicur.-; Tribunale Roma, 05 ottobre 2000 - Movimento federativo democratico c. A. e altro-).*

Di qui l'inefficacia della clausola nel caso di omesso assolvimento, da parte del venditore/organizzatore, dell'onere probatorio di cui all'**art. 34, c. 4**, D.cit..

Merita di essere richiamata, sul punto, la sentenza 18/10/00, n. 428 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata, con riferimento agli art. 3 e 24 cost., la q.l.c. del combinato disposto degli art. 1341 comma 2 e 1342 comma 2 c.c. e 4 comma 2 l. 31 maggio 1995 n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), nella parte in cui non richiede la specifica approvazione per iscritto anche delle clausole che sanciscono deroghe alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria.

Trattasi di decisione fondata sulla considerazione che le due normative contengono discipline palesemente disomogenee, fondate

su diverse "rationes legis", le disposizioni concernenti la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, che richiedono "ad substantiam" l'approvazione per iscritto delle relative clausole e quelle concernenti la deroga alla giurisdizione italiana, che, invece, tale forma richiedono solo "ad probationem": infatti, mentre nel primo caso rilevano principalmente le esigenze di tutela del contraente più debole, nel secondo caso entrano in gioco anche esigenze di carattere internazionale, che il Legislatore, nella sua discrezionalità, può ritenere prevalenti, quali quella di favorire una più libera esplicazione dell'autonomia privata nella scelta della giurisdizione; sicché, non è configurabile, nella specie, disparità di trattamento, né violazione del diritto di difesa, il cui rispetto è assicurato nell'ambito della giurisdizione prescelta, tenuto conto sia del principio di tendenziale fungibilità delle giurisdizioni (art. 4 l. n. 218 del 1995), sia della disciplina speciale di tutela del consumatore (art. 1469 bis ss. c.c., sezione 4 convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968). Ne deriva che, al contrario della deroga all'autorità giudiziaria a favore di un arbitrato regolato dalla legge nazionale, quella alla giurisdizione italiana a favore di Giudice straniero od arbitrato estero, non potrà ritenersi oggetto di presunzione di vessatorietà.

Carrara, li 6/6/2007

La Commissione
per la Regolazione del Mercato