

GIURISPRUDENZA ITALIANA

www.giurit.it

FONDATA NEL 1849

DOTTRINA E ATTUALITÀ GIURIDICHE:

UTET
GIURIDICA

GIURISPRUDENZA ITALIANA

consistere nell'inesattezza qualitativa o quantitativa della prestazione¹³. Questo perché — ai sensi dell'art. 1218 c.c. — l'inadempimento si sostanzia nella mancata o inesatta realizzazione dell'impegno negoziale¹⁴.

Alla luce di quanto prospettato occorre analizzare la decisione della Cassazione. La Corte ha ribadito il proprio costante ed univoco orientamento per cui — a fronte di un'eccezione d'inadempimento — la valutazione del comportamento delle parti dovrebbe essere condotta in maniera comparativa; tenendo dunque conto di un criterio di ordine logico.

Tale criterio sarebbe volto a stabilire la sussistenza di una relazione di adeguatezza fra l'inadempimento del convenuto e quello precedente dell'attore¹⁵.

In sostanza, dunque, le premesse logiche — che giustificano l'autotutela nei limiti dell'adeguatezza e della proporzionalità — imporrebbero al giudice una valutazione unitaria dell'inadempimento.

Siffatta valutazione dovrebbe aver riguardo all'importanza delle reciproche inadempienze, in rapporto alla causa del contratto ed all'equilibrio del sinallagma.

Ciò anche al fine di addebitare la responsabilità risarcitoria conseguente all'inadempimento. Secondo la suprema Corte, inoltre, l'eccezione d'inadempimento potrebbe utilmente essere dedotta per la prima volta in sede giudiziale¹⁶; questo perché il suo esercizio non sarebbe subordinato ad alcuna condizione.

Tale assunto sembrerebbe — ad una più attenta analisi — meritevole di alcune precisazioni. Ed infatti l'art. 1460 c.c. non pone effettivamente condizioni all'esercizio dell'*exceptio* in esame. Tuttavia la disciplina sostanziale dell'istituto deve essere coordinata con le regole processuali vigenti in materia civile.

A tal proposito acquisisce particolare rilievo il disposto dell'art. 345 c.p.c. — nel testo novellato dalla L. 26 novembre 1990, n. 353 — che limita la proponibilità di eccezioni in sede di appello a quelle rilevabili d'ufficio dal giudice.

Occorre a tal riguardo sottolineare che l'eccezione ex art. 1460 c.c. non sarebbe compresa nel novero di quelle rilevabili d'ufficio¹⁷.

Orbene — come precisato da attenta giurisprudenza — la proponibilità dell'eccezione d'inadempimento in sede giudiziale non sarebbe completamente scevra da limiti e termini in relazione alle modalità di proposizione¹⁸.

In conclusione, la Cassazione, ribadendo la proponibilità dell'eccezione d'inadempimento in sede giudiziale, avrebbe dovuto precisare — eventualmente in un *obiter dictum* — le limitazioni che siffatta eccezione sembrerebbe incontrare nel diritto processuale vigente. Pertanto sarebbe auspicabile sul punto un'ulteriore pronuncia che approfondisca tale profilo, preferibilmente a Sezioni unite.

GIORGIO RISPOLI

DIRITTO DI RECESSO AD NUTUM

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 18 settembre 2009, n. 20106 — VARRONE *Presidente* — URBAN *Relatore* — DESTRO P.M. (diff.) — A.G. ed altri (avv.ti Molfese, Galgano) - Renault Italia s.p.a. (avv.ti Battaglia, Di Amato) ed altri.

Contratti in genere — Concessione di vendita — Diritto di recesso ad nutum — Interpretazione del contratto — Principi della buona fede e della correttezza — Abuso del diritto — Configurabilità — Condizioni — Risarcimento del danno — Ammissibilità (C.c. artt. 1175, 1366, 1375).

Qualora un contratto preveda il diritto di recesso ad nutum in favore di una delle parti, il giudice del merito non può esimersi, per il semplice fatto che i contraenti

Esecuzione del contratto secondo buona fede e comportamenti processuali delle parti, in *Contratti*, 2003, 345; VIGLIONE, *Buonafede ed eccezione d'inadempimento*, in *Studium Juris*, 2005, 950 e segg.

¹³ Cfr. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, *passim*.

¹⁴ V. SAPONE, *Exceptio non rite adimpleti contractus e gravità dell'inadempimento*, in *Giur. di Merito*, 2009, 589 e segg.

¹⁵ Così, *ex multis*, Cass., 9 febbraio 1945, n. 178, in *Giur. Cass. Civ.*, 1945, I, 345; Id., 22 giugno 1954, n. 2146, in *Giur. Civ.*, 1954, 1494; App. Napoli, 24 febbraio 1956, in *Dir. e Giur.*, 1956, 284; Id., 17 marzo 1964, n. 613, in *Giur. It.*, 1965, I, 673; Id. Milano, 5 maggio 1966, in *Temi*, 1966, 329; Id. Firenze, 27 settembre 1966, in *Giur. Tosc.*, 1967, p. 763; Trib. Roma, 22 dicembre 1967, in *Giust. Civ.*, 1968, I, 133; Cass. 10 aprile 1970, n. 996, in *Giur. It.*, 1972, I, 242; Id., 22 dicembre 1975, n. 4219, in *Arch. Civ.*, 1976, 363; Id., 6 novembre 1981, n. 5865, in *Giust. Civ.*, 1981, I, 2075; Id., 21 maggio 1990, n. 4565, in *Arch. Civ.*, 1990, 899. Il relativo accertamento di fatto sarebbe sottratto al sindacato di legittimità ove congruamente motivato, così Id., 16 settembre 1991, n. 9619, *ivi*, 1992, 692. In aderenza a tali principi si è dunque affermato che l'*exceptio inadimpleti contractus* potrebbe trovare accoglimento solo previa valutazione unitaria del comportamento delle parti, tenendo conto che — alla stregua della funzione di salvaguardia dell'equilibrio contrattuale perseguita dall'eccezione — il rifiuto dell'adempimento sarebbe legittimo allorché serva a stimolare l'altro contraente ad eseguire una prestazione ancora possibile.

¹⁶ Come precisato da TAMMASINI, *Eccezione d'inadempimento e criteri d'interpretazione dell'art. 1460 c.c.*, in *Studium Juris*, 2007, 827, l'eccezione può essere esercitata anche al di fuori del processo, cioè stragiudizialmente. In tal caso si esaurisce nel legittimo rifiuto di adempiere ed è altresì implicita nell'offerta di adempimento condizionata all'altrui adempimento. Sul punto Cass., 11 maggio 1977, n. 1944, in *Mass. Giust. Civ.*, 1977, in cui la Corte autorizza il contraente che non abbia ottenuto l'adempimento della prestazione di cui è creditore a rifiutare quello di cui è debitore, qualora tale rifiuto non sia contrario a buona fede. Questo perché l'eccezione d'inadempimento — operando anche al di fuori del giudizio — rende legittimo un rifiuto della prestazione altrimenti non consentito. Cfr. altresì COREA, *Eccezione d'inadempimento e mancata fruizione della prestazione*, in *Contratti*, 2007, 7 e segg. In senso contrario, però, v. Cass., 22 giugno 1978, n. 729, in *Vita Notar.*, 1978, 477, secondo la quale l'eccezione d'inadempimento opererebbe «selettivamente nel processo».

¹⁷ In giurisprudenza, per tutte, Cass., 5 agosto 2002 n. 11728, in *Mass. Giust. Civ.*, 2002, per cui l'*exceptio inadimpleti contractus* costituisce un'eccezione in senso proprio, rimessa alla disponibilità e all'iniziativa del convenuto, senza che il giudice abbia il dovere di rilevarla o esaminarla d'ufficio.

¹⁸ Cfr. Cass., 20 settembre 2002, n. 13746, in *Arch. Civ.*, 2003, 790, che ha negato l'ammissibilità dell'eccezione d'inadempimento proposta per la prima volta in appello.

hanno previsto espressamente quella clausola in virtù della loro libertà e autonomia contrattuale, dal valutare se l'esercizio di tale facoltà sia stato effettuato nel pieno rispetto delle regole di correttezza e di buona fede cui deve improntarsi il comportamento delle parti del contratto. La mancanza della buona fede in senso oggettivo, espressamente richiesta dagli artt. 1175 e 1375 c.c. nella formazione e nell'esecuzione del contratto, può rivelare, infatti, un abuso del diritto, pure contrattualmente stabilito, ossia un esercizio del diritto volto a conseguire fini diversi da quelli per i quali il diritto stesso è stato conferito. Conseguenzialmente, accertato l'abuso, può sorgere il diritto al risarcimento dei danni subiti. Tale sindacato, da parte del giudice di merito, deve pertanto essere esercitato in chiave di contemperamento dei diritti e degli interessi delle parti in causa, in una prospettiva anche di equilibrio e di correttezza dei comportamenti economici (1).



V. già *Recentissime dalla Cassazione civile* a cura di CARBONE, in *Giur. It.*, 2009, 10, 2097.



(1) Clausola di recesso *ad nutum* dal contratto e abuso del diritto

SOMMARIO: 1. Il caso di specie. — 2. Correttezza e buona fede. — 3. Abuso del diritto e diritto di recesso. — 4. Conclusioni.

La suprema Corte cassa con rinvio la sentenza della Corte d'appello di Roma che, relativamente al contratto di concessione di vendita intercorrente tra una nota casa automobilistica e i suoi numerosi concessionari, aveva ritenuto che l'espressa previsione contrattuale in favore della casa automobilistica del recesso *ad nutum* non potesse consentire al giudicante nessun sindacato sull'esercizio di tale facoltà, non essendo necessario alcun controllo causale circa l'esercizio di un potere che rientrava nella libertà di scelta dell'operatore economico in un libero mercato.

1. Il caso di specie.

I ricorrenti, tra il 1992 ed il 1996, si vedevano revocata da una nota casa automobilistica le concessioni alla vendita. Ciò avveniva sulla base della facoltà di recesso *ad nutum* previsto dall'art. XII del contratto di concessione di vendita.

I concessionari, ritenendo tale condotta abusiva e comunque illecita, organizzatisi in associazione convenivano la predetta casa automobilistica davanti al Tribunale di Roma, allo scopo di ottenere la declaratoria di illegittimità del recesso per abuso del diritto, e la conseguente condanna al risarcimento dei danni subiti per effetto dell'abusivo recesso.

La convenuta si costituiva chiedendo il rigetto della domanda, con la condanna alle spese.

Il Tribunale, con sentenza in data 11 giugno 2001, rigettava la domanda compensando le spese.

Ad eguale conclusione perveniva la Corte d'appello che, con sentenza del 13 gennaio 2005, rigettava gli appelli proposti con la condanna al pagamento delle spese. La Corte d'appello riteneva, infatti, che la pre-

visione del recesso *ad nutum* in favore della società di costruzione di automobili rendesse superfluo ogni controllo causale sull'esercizio di tale potere.

I concessionari proponevano, perciò, ricorso principale per cassazione costituito da cinque motivi: 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 276 c.p.c. in relazione all'art. 158 c.p.c. (art. 360, n. 4, c.p.c.); 2) violazione e falsa applicazione delle clausole generali della buona fede, ed in particolare sulla pretesa insindacabilità degli atti di autonomia privata e della conseguente non applicabilità della figura dell'abuso del diritto all'esercizio del recesso *ad nutum* (art. 360, n. 3, c.p.c., in relazione agli artt. 1175 e 1375 c.c.); 3) violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., nonché contraddittorietà della motivazione sul punto (art. 360, n. 5, c.p.c.); 4) violazione e falsa applicazione delle disposizioni sull'agenzia ed errata valutazione della giurisprudenza tedesca in materia (art. 360, n. 3, c.p.c.); 5) mancata compensazione delle spese relative al giudizio di appello da parte della Corte di merito.

La suprema Corte, infine, rigettava il primo motivo del ricorso principale, accoglieva il secondo, terzo e quarto motivo, dichiarava assorbiti il quinto, nonché il ricorso incidentale, cassando con rinvio alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione.

2. Correttezza e buona fede.

Le norme che sanciscono rispettivamente, in tema di obbligazioni, il dovere di comportarsi secondo correttezza (art. 1175 c.c.) e, in materia di esecuzione dei contratti, la necessità che la medesima avvenga secondo buona fede (art. 1375 c.c.), costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico dei rapporti tra privati, operando tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio, quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto.

L'art. 1175 c.c., in particolare, pur sostanziandosi in una clausola generale confermata da specifiche previsioni normative che ne costituiscono diretta applicazione, assume, tuttavia, autonoma valenza programmatica e precettiva.

Autonoma rilevanza che esso conserva anche al di là dell'ipotesi di sussistenza di un comportamento scorretto lesivo di una posizione giuridica tutelata da una specifica norma.

La dottrina prevalente¹ equipara la correttezza alla buona fede in senso oggettivo, intesa quale dovere di comportarsi lealmente ed onestamente nell'esecuzione del contratto, in ciò differenziandosi dalla buona fede soggettiva sussumibile nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto.

Correttezza e buona fede assurgono, inoltre, a fonti d'integrazione dell'obbligazione e del contratto² in quanto, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, arricchiscono il rapporto obbligatorio strettamente inteso ponendo nuovi oneri e doveri a carico delle parti. In particolare: in capo al

¹ BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 86 e segg.

² BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 500 e segg.

creditore, vietandogli di abusare del suo diritto e obbligandolo ad attivarsi nell'interesse del debitore al fine di evitare o contenere gli imprevisti aggravi della prestazione o le conseguenze dell'inadempimento; in capo al debitore, imponendogli non solo di eseguire la prestazione prevista nel titolo, ma anche di operare al fine di realizzare o di preservare gli interessi del creditore che, pur non rientrando nel risultato dovuto, sono connessi alla prestazione.

Si tratta del c.d. "obbligo di salvaguardia", cioè dell'obbligo di ciascun soggetto del rapporto obbligatorio di attivarsi per salvaguardare l'utilità dell'altro, con il limite di non subire, tuttavia, un apprezzabile sacrificio, personale o economico.

Correttezza e buona fede costituiscono, in sostanza, una specificazione dei doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost. e offrono al giudice un utile strumento di controllo, anche in senso modificativo od integrativo, dello statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi.

Il riferimento alla correttezza e alla buona fede in relazione all'abuso del diritto si rende necessario in quanto si tratta di categorie complementari. Ciò per la semplice ragione che correttezza e buona fede, quali canoni generali secondo cui valutare la condotta delle parti e interpretare l'atto giuridico di autonomia privata, costituiscono parametri per rilevare un eventuale abuso del diritto³. Correttezza e buona fede forniscono, perciò, al giudice uno strumento di controllo (anche in senso modificativo o integrativo) dello statuto negoziale che gli consente un equo bilanciamento dei contrapposti interessi.

3. Abuso del diritto e diritto di recesso.

Il nostro ordinamento, diversamente da quello di altri paesi (Svizzera, Germania, Spagna) che lo hanno codificato o addirittura costituzionalizzato, non prevede una disposizione generale relativamente all'abuso del diritto. Anche se può essere interessante notare che una tale disposizione è contenuta nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza)⁴.

La scelta del legislatore, tuttavia, non va interpretata nel senso di un disconoscimento di tale istituto, che pure trova spazio nella disciplina di particolari fatti-

specie, cui nell'*intentio legislatoris* si sarebbe dovuto fare rinvio nel tentativo di recuperare per altra strada il generale divieto di abuso del diritto⁵.

Nel codice civile non mancano, infatti, evidenti riferimenti linguistici o concettuali a tale istituto: si pensi, oltre che alle norme relative agli atti di emulazione (art. 833 c.c.) o alla clausola generale di buona fede e correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c.), alle disposizioni contenute nell'art. 330 c.c. in tema di abuso della potestà genitoriale o nell'art. 1015 c.c. sull'abuso del diritto di usufrutto o nell'art. 1059, comma 2, c.c. che impone al comproprietario che agendo individualmente abbia concesso una servitù, di non impedire l'esercizio della stessa, o, ancora, nell'art. 2793 c.c. in tema di abuso della cosa da parte del creditore pignoratizio. Va rilevato, tuttavia, che autorevole dottrina⁶ esclude la configurabilità dell'abuso del diritto nel caso in cui il diritto nasca per sua natura limitato dalla funzione di godimento o di garanzia, dovendosi parlare in tali ipotesi piuttosto di eccesso del diritto.

L'espressione «abuso del diritto» assomiglia ad un ossimoro in quanto si presenta intimamente contraddittoria. Se da un canto la nozione di diritto soggettivo si riferisce ad una libertà garantita all'individuo, o ad un gruppo privato, da una norma giuridica nei confronti di uno, o più, o di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, per altro verso, quella di abuso implica che l'esercizio di tale libertà possa dar luogo a responsabilità, cosicché un atto lecito diviene fonte di responsabilità⁷.

Pertanto, in tali ipotesi non corrisponde a verità l'antico brocardo secondo cui *qui iure suo utitur neminem laedit*.

È vero, infatti, che il titolare dell'interesse privilegiato può esercitare il diritto che gli è stato riconosciuto nel modo che ritiene più conveniente e che l'ordinamento giuridico garantisce la realizzazione di tali interessi⁸. Ogni diritto soggettivo, tuttavia, ha insiti in sé determinati limiti, superati i quali si sconfinava nell'abuso e non può essere esercitato per nuocere⁹.

Pertanto, la dottrina¹⁰, portando alle estreme conseguenze tale assunto, ha sostenuto che la figura dell'abuso del diritto può considerarsi eliminata. La negazione del problema giuridico dell'abuso non implica, però,

³ Per NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958, 18, il principio di correttezza nel rapporto obbligatorio è lo strumento attraverso il quale costruire il divieto generale dell'abuso.

⁴ L'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, intitolato "Divieto dell'abuso di diritto", prevede, infatti, che: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta».

⁵ DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*, in *I Contratti*, 2000, 1115 e segg., nota a Cass., 14 luglio 2000, n. 9321.

⁶ RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, 205 e segg., il quale osserva, inoltre, che: «Il ricorso al concetto di abuso non si giustifica con riguardo all'usufrutto e al pegno (che pure sono i casi in cui la legge adopera il termine "abuso": artt. 1015 e 2793). Qui con la parola "abuso", la legge vuole indicare

l'esercizio, da parte del titolare del diritto (di godimento o di garanzia), di facoltà che non gli spettano, e in particolare l'esercizio della facoltà di disporre (per l'usufrutto, con formula più comprensiva, l'alterazione della destinazione economica della cosa). Del resto l'art. 2793, più esattamente, parla di "abuso della cosa" data in pegno; l'art. 1015 ha adoperato l'altra formula, quella dell'abuso del diritto, perché si è avuto riguardo, oltre che alla materiale disposizione dei beni, agli altri casi di modificazione della destinazione economica».

⁷ PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla scia dell'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, 25 e segg.; RESCIGNO, *op. cit.*, 206.

⁸ PATTI, voce "Abuso del diritto", in *Digesto Civ.*, I, Torino, 1987, 1 e segg.

⁹ PATTI, *op. cit.*, 8.

¹⁰ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, 76 e segg.: «Quella figura, oggi, non ha più ragion d'essere, perché, per definizione, il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera d'azione della solidarietà: quindi gli atti emulativi e gli altri non rispondenti a buona fede o alla correttezza, come contrari alla solidarietà, non rientrano nel contenu-

che esso non sussista come «fenomeno sociale e meta-giuridico», nonché come «costante ineliminabile dell'esperienza»¹¹.

L'abuso del diritto, perciò, starebbe ad indicare il complesso indeterminato delle fattispecie in cui un comportamento che formalmente corrisponde all'esercizio di un diritto soggettivo debba, nondimeno, ritenersi non conforme a diritto e perciò sprovvisto di tutela giuridica alla luce di un criterio non formale di valutazione. Elementi costitutivi di tale fenomeno, come emersi negli usi dottrinali e giurisprudenziali, sarebbero: la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico; la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte¹².

Dall'esercizio del diritto finalizzato al conseguimento di utilità anormali ovvero difformi dalla funzione socio-economica in relazione alla quale il diritto stesso è riconosciuto al titolare dovrebbero discendere, di conseguenza, l'assenza di tutela dell'atto abusivo o effetti a carattere risarcitorio e/o sanzionatorio.

In quest'ottica, anche l'esercizio del diritto di recesso (facoltà riconosciuta dall'autonomia contrattuale) potrebbe configurare un abuso del diritto, sostanziando un'elusione dei principi espressione dei canoni generali della buona fede, della lealtà e della correttezza.

Al fine della sua individuazione non ci si dovrebbe, però, limitare al riscontro oggettivo della sussistenza o meno della giusta causa di recesso contrattualmente pattuita, dovendosi accertare, piuttosto, che il recesso non sia stato esercitato con modalità impreviste ed arbitrarie tali da contrastare con la ragionevole aspettativa del contraente che, in virtù di un criterio di normalità commerciale, abbia fatto legittimo affidamento sulla prosecuzione del contratto¹³.

Prescindere da un tale accertamento consentirebbe, infatti, che il recesso *ad nutum* si trasformasse in un recesso arbitrario, cioè *ad libitum*, di sicuro non consentito dall'ordinamento giuridico.

4. Conclusioni.

La suprema Corte, nella sentenza in esame, configura l'abuso del diritto come «utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore», alterazione che essa ritiene ravvisabile «quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede».

In tal modo, nell'individuazione del criterio in base al quale valutare se l'esercizio del diritto di recesso da parte del titolare sia abusivo o meno, i giudici di legittimità prescindono dalle teorie in tema di abuso del diritto c.d. intenzionali-soggettive (che fanno perno sulla rilevanza dell'*animus nocendi*), da quelle economiche (basate su un criterio di efficienza di tipo paretiano, per le quali chi peggiora la situazione di un altro soggetto, senza con ciò migliorare la propria, pone in essere una condotta abusiva), da quelle incentrate su criteri morali (secondo cui il giudice si esprime sull'abusività dell'atto di esercizio del diritto facendo ricorso a propri personali criteri di valutazione ovvero a criteri condivisi dalla comunità di riferimento, ossia dalla morale o dalla coscienza sociale), operando, invece, un'opzione a favore di un criterio teleologico di valutazione.

In tal modo l'abuso del diritto viene a configurarsi come una distorsione del diritto rispetto alla sua funzione tipica, alla sua ragion d'essere, nonché a principi fondamentali dell'ordinamento¹⁴.

L'abuso del diritto, nella sua interpretazione oggettiva e teleologicamente orientata (che prescinde, cioè, dall'*animus* dell'autore dell'atto di esercizio), assurge a mezzo di bilanciamento dei contrapposti interessi¹⁵, consentendo di mettere «in discussione la legittimità che all'esercizio del diritto sembra dovere spettare per il solo fatto di essere riconosciuto e attribuito dalla norma statale»¹⁶.

Giusta tale impostazione i supremi giudici riportano l'atto di autonomia privata sotto il controllo del giudice del merito che deve valutare se l'esercizio della facoltà riconosciuta all'autonomia contrattuale abbia operato in chiave elusiva dei principi espressione dei canoni generali della buona fede, della lealtà e della correttezza, essendo stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti.

to del diritto soggettivo, non costituiscono un abuso, ossia uno sviamento, del diritto; al contrario ne sono fuori, costituiscono un eccesso dal diritto, e, in quanto tali, s'intende agevolmente che possano essere illeciti, secondo le norme generali. Perciò nel codice non è menzione dell'abuso del diritto, come di una figura speciale di atto illecito».

¹¹ RESCIGNO, *op. cit.*, 215, afferma: «Destinato a presentarsi in forme sempre nuove, l'abuso del diritto sarebbe, nello stesso tempo, una realtà insopprimibile nell'esperienza della vita sociale e tuttavia sempre estraneo agli schemi della legge positiva».

¹² PINO, *op. cit.*, 30 e seg.

¹³ Cfr. Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Giur. It.*, 2004, 2065 e segg., con nota di BERGAMO e in *Nuova Giur. Comm.*, 2004, 305 segg., con nota di GRONDONA. Il tale decisione la suprema Corte stabilisce il principio che «la corrispondenza a buona fede dell'esercizio del diritto di recesso, contrattualmente previsto, nella specie per il contratto di fornitura, deve essere valutata nel com-

pletivo contesto dei rapporti intercorrenti tra le parti, onde accertare se il recesso sia stato esercitato o meno secondo modalità e tempi che non rispondono ad un interesse del titolare del diritto meritevole di tutela, ma soltanto allo scopo di recare danno all'altra parte incidendo sulla condotta sostanziale che le parti sono obbligate a tenere per preservare il reciproco interesse all'esatto adempimento delle rispettive prestazioni».

¹⁴ Per i profili critici relativi alle singole teorie, cfr. PINO, *op. cit.*, 42 e segg., il quale, relativamente ai criteri utilizzabili nell'individuazione dell'abuso, giustamente osserva che i medesimi non devono essere «espressamente previsti dalla disciplina positiva del diritto di cui si abusa, perché viceversa verrebbe meno quell'aderenza della condotta abusiva allo schema formale di attuazione del diritto che è tratto definitorio del concetto di abuso del diritto».

¹⁵ PATTI, *op. cit.*, 7.

¹⁶ RESCIGNO, *op. cit.*, 216.

Ciò con la precisazione che tale controllo del giudice del merito non assume valenza politica, in quanto non incide sulla libertà di scelta economica dell'imprenditore, ma ha natura prettamente giuridica in quanto concerne l'adozione di rimedi (giuridici) contro eventuali abusi del diritto, così impedendo che il diritto soggettivo possa sconfinare nell'arbitrio.

I giudici di Piazza Cavour rigettano, quindi, a ragione le argomentazioni della Corte d'appello territoriale che aveva ritenuto superfluo ogni controllo causale sull'esercizio del diritto di recesso.

PAOLO MONTELEONE

(1) Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica

La sentenza in epigrafe è di estrema importanza in chiave ricostruttiva dell'attuale sistema del diritto contrattuale. Infatti, i giudici della III Sezione civile della Cassazione hanno riconosciuto espressamente che l'asimmetria di potere contrattuale, derivante da una posizione di supremazia economica di una delle parti, si traduce in un comportamento abusivo tutte le volte in cui l'esercizio dei diritti contrattuali, spettanti al contraente forte, conduca ad una sostanziale pretermissione dell'interesse della parte debole del rapporto.

Si dà, quindi, ingresso, nel nostro ordinamento, al divieto di abuso del potere contrattuale, che costituisce una categoria autonoma e distinta dall'abuso della libertà negoziale. In entrambi i casi, è il bilanciamento degli interessi in giuoco la chiave di volta per comprendere se è stata violata la regola di correttezza nell'esecuzione del contratto, realizzando così un abuso di potere contrattuale, oppure se il comportamento scorretto riguarda la fase formativa del contratto; integrando gli estremi dell'abuso di libertà negoziale.

Orbene, accogliendo i rilievi che Pietro Rescigno formulò già nel suo celebre saggio sull'abuso del diritto¹, la Cassazione rinviene nella regola di buona fede og-

gettiva o correttezza il criterio cui fare riferimento per stabilire se l'esercizio del diritto o del potere è conforme allo scopo per il quale esso fu conferito. Il rapporto tra correttezza e abuso del diritto, tuttavia, a dispetto dell'opinione dei giudici, non è un rapporto di integrazione reciproca tra principi diversi, ma di vera e propria immedesimazione concettuale: infatti, la nozione di abuso del diritto non può essere scissa da quella di correttezza², costituendone un'applicazione generalizzata.

Appare, al riguardo, confermata la felice intuizione di Ugo Natoli, il quale, già mezzo secolo fa, aveva rinvenuto nel criterio della buona fede il metro per la valutazione di ogni comportamento di un soggetto che si ripercuote comunque nella sfera giuridica di un altro soggetto³. In tal senso, la regola di correttezza presiede all'esercizio di tutti i diritti patrimoniali⁴, costituendo il parametro di un giudizio, quello di buona fede, necessariamente posteriore alla condotta dell'agente, che costituisce l'oggetto del processo valutativo.

Gli epigoni di questa illuminata dottrina hanno quindi riletto in chiave oggettiva e «relazionale» la norma sul divieto degli atti emulativi (art. 833 c.c.), per allinearla alla regola di correttezza di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c., la cui operatività non è più circoscritta all'interno del rapporto obbligatorio⁵.

In questa prospettiva, meritano accoglimento i rilievi interpretativi⁶ secondo cui va senz'altro eliminato il riferimento allo scopo soggettivo di chi compie l'atto emulativo, ovvero sia all'*animus nocendi* o *aemulandi*⁷. L'abuso del diritto, infatti, come espressione di una dimensione «relazionale» delle posizioni giuridiche attive, si concretizza nella violazione di una sfera giuridica altrui per mancata osservanza del «criterio di reciprocità» nella ponderazione e nella salvaguardia degli interessi in giuoco, prescindendo dal dolo specifico dell'agente. Questo criterio deriva dall'art. 2 Cost., quale manifestazione concreta del dovere di solidarietà economica e sociale.

È naturale osservare, in proposito, come l'esercizio di qualsiasi diritto patrimoniale sembrerebbe dare luo-

¹ Cfr. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, 205 e segg., ora in *Id.*, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 11-144, spec. 53: «Appare più corretto il tentativo di costruire il divieto generale dell'abuso, piuttosto che sulla norma relativa agli atti emulativi, sul principio di correttezza nel rapporto obbligatorio o sulla clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1375 c.c.)». In precedenza, v. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1958, 18-37.

² SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 1989 (rist.), 77, si serve del limite generale ed interno del contenuto del diritto soggettivo costituito dal principio di solidarietà fra i due soggetti del rapporto per ritenere eliminata la figura dell'abuso del diritto, perché «il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera della solidarietà; quindi gli atti emulativi e gli altri non rispondenti alla buona fede o alla correttezza, come contrari alla solidarietà, non rientrano nel contenuto del diritto soggettivo, non costituiscono un abuso, ossia uno sviamento, del diritto; al contrario ne sono fuori, costituiscono un eccesso dal diritto, e, in quanto tali, s'intende agevolmente che possano essere illeciti, secondo le norme generali».

³ NATOLI, *op. cit.*, 26.; e v. anche *Id.*, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca Borsa*, 1961, I, 157.

⁴ NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 30.

⁵ BUSNELLI-NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, 171-216, spec. 177.

⁶ Cfr. PATTI, voce «Abuso del diritto», in *Digesto Civ.*, I, Torino, 1987, 5 (ora in *Id.*, *Vicende del diritto soggettivo*, Torino, 1999, 17 e segg.), il quale si avvale dell'aggancio alla normativa costituzionale che stabilisce il principio della funzione sociale della proprietà (art. 42, comma 2, Cost.), interpretata evolutivamente, ma non manca poi di notare che «la coscienza sociale avverte oggi l'abuso del proprietario quando riscontra una notevole sproporzione tra l'utilità a lui arrecata dall'atto di esercizio ed i danni provocati ai terzi».

⁷ Il *leading case* in materia è Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro It.*, 1961, I, c. 256, con nota fortemente critica di SCIALOJA, *Il non uso è abuso del diritto soggettivo?* Da questa sentenza prese spunto il saggio di RESCIGNO, *op. cit.*, 11 e segg., 65 e segg. Ma v. Cass., 28 ottobre 1997, n. 10250, in *Foro It.*, 1998, I, c. 70 e segg., con nota di MOLITERNI-PALMIERI, «Dormientibus iura succurrunt»: *eutanasia dell'art. 833 c.c.*, che ha ritenuto esclusi dal novero degli atti emulativi i comportamenti meramente omissivi. Cfr., in senso critico rispetto a quest'ultima sentenza della suprema Corte, GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contratto e Impresa*, 1998, 18 e segg.

go a quelli che la dottrina tedesca ha denominato *faktische Vertragsverhältnisse aus sozialem Kontakt*, ovvero rapporti contrattuali di fatto nascenti da contatto sociale. Seguendo le linee fondamentali di questa teoria, si è detto, assai efficacemente, che il concetto di «contatto sociale» opera tutte le volte in cui si sia instaurata una relazione sociale «per uno scopo non disapprovato dall'ordinamento»⁸. Si tratta della ben nota dottrina dei doveri di protezione (*Schutzpflichten*)⁹, nascenti reciprocamente a carico dei soggetti che entrano in relazione e diretti al soddisfacimento dell'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e le proprie cose da eventi lesivi (*Schutzinteresse*).

In particolare, la teoria tradizionale fa coincidere l'obbligazione con «l'idea di un rapporto complesso, all'interno del quale l'obbligo di prestazione è solo il nucleo fondamentale di una struttura integrata da una serie di situazioni soggettive ad esso funzionalmente connesse»¹⁰; fra questi obblighi accessori emergono i doveri di protezione e gli obblighi di conservazione imposti alle parti del rapporto contrattuale per la tutela della persona e del patrimonio¹¹. Tali doveri di protezione sarebbero il risultato di una integrazione del rapporto contrattuale operata in base al principio di correttezza¹². Nondimeno, ponendosi nell'ottica «relazionale» cui si è fatto cenno in precedenza, la teoria dei rapporti contrattuali di fatto — nata dall'esigenza di tutelare più efficacemente il danneggiato — appare ormai una strettoia dogmatica, atteso il rilievo identico dell'unico parametro che può giustificare l'applicazione delle norme sull'illecito aquiliano e quelle sull'inadempimento delle obbligazioni (avuto riguardo alla responsabilità contrattuale per violazione della regola di correttezza, in ordine alla quale non v'è, almeno da parte della Cassazione, più alcun dubbio sin dal noto caso Fiuggi del 1994)¹³. Il giudizio di meritevolezza si risolve, pertanto, in un giudizio di buona fede ispirato ai valori costituzionali¹⁴.

Tuttavia, a differenza del filone di pensiero tedesco, che, influenzato dal principio di tipicità dell'illecito aquiliano (v. § 823 B.G.B.), aveva tentato di ricondurre alla responsabilità contrattuale la violazione degli obblighi di protezione connessi all'esecuzione del contratto¹⁵, è certo che nel sistema italiano un'applicazione generalizzata del principio di correttezza a tutti i rapporti nascenti da contatto sociale non conduce ad analogo risultato, proprio per la presenza nel nostro ordinamento della clausola generale di ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. In altri termini, il danno ingiusto, che, a seguito della ben nota evoluzione giurisprudenziale in materia¹⁶, oggi coincide sostanzialmente con qualsiasi lesione di un interesse giuridicamente rilevante, implica un giudizio di comparazione degli interessi in gioco che è il *quid proprium* anche del giudizio di correttezza. Il parametro unico di determinazione della correttezza nella formazione e nell'esecuzione del contratto è dunque costituito dalla valutazione comparativa degli interessi patrimoniali delle parti. Questo giudizio comparativo va effettuato sulla base dei fondamentali principi costituzionali che esprimono la tutela del mercato:

- a) il principio di libertà di iniziativa economica privata, nel rispetto della libertà, della sicurezza e della dignità umana (art. 41 Cost.);
- b) il principio di solidarietà (art. 2 Cost.);
- c) il principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.).

Chi scrive, infatti, è un convinto sostenitore della necessità di interpretare il contratto sulla base del criterio della correttezza economica¹⁷. Il riferimento contenuto nella qualificazione economica della correttezza è, al valore-guida, di rango costituzionale, che deve necessariamente presiedere alla tutela degli interessi delle parti, quello della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., valore che si trova espresso anche nei principi fondamentali dell'ordina-

⁸ Cfr. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1942, 72 e segg. Cfr. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 355 e segg.

⁹ Il principale teorico del concetto dell'obbligo di protezione è STOLL (HEINRICH), *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. Civ. Pr.*, 136, 1932, 257 e segg.; v. anche STOLL (HANS), *Il contratto e i terzi*, in *Annuario del diritto tedesco* a cura di Patti, Milano 2000, 17.

¹⁰ CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 e segg.; Id., voce «Obblighi di protezione», in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 1 e segg.

¹¹ Cfr. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in *Gli effetti del contratto a favore di terzi nella prospettiva storico-comparatistica* a cura di Vacca, Torino, 1999, 151 e segg.

¹² BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1960, 1342 e segg., spec. 1354 e segg. Id., *Doveri di protezione*, in *Digesto Civ.*, VII, Torino, 1994, 225 e segg. Sulla funzione integrativa della correttezza v. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, 335 e segg.; ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, 723 e segg.; FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 1999, 83 e segg. Sul punto v. però le riflessioni critiche di RUSSO, *Jean Domat, la buona fede e l'integrazione del contratto*, in *Vita Notar.*, 2002, 1247 e segg.

¹³ Cfr. *Comune di Fiuggi c. Ente Fiuggi s.p.a.*, Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro It.*, 1995, I, c. 1296 e in *Giur. It.*, 1995, I, 1, c. 852.

¹⁴ Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 (rist. 2004), 163 e segg.

¹⁵ Cfr. SOMMA, *L'esperienza tedesca*, in *Effetti del contratto nei confronti dei terzi* a cura di Alpa, Fusaro, Dasso, Somma, Toriello, Milano, 2000, 107 e segg., spec. 116 e segg.; MAGGIOLLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 248 e segg.

¹⁶ Sulla quale v. SCAGLIONE, *Ingiustizia del danno e risarcibilità della lesione di interessi legittimi*, in *Nuove autonomie*, 1999, 563 e segg., in commento a Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 (secondo cui, «ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana in capo all'autore di un fatto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto danneggiato»).

¹⁷ Cfr. SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, Perugia, 2007, pp. 173 e segg., 233 e segg.; Id., *Buona fede in contrahendo e ordine pubblico economico nel sistema del diritto privato del mercato*, in *Giur. It.*, 2008, 249 e segg.; Id., *La tutela civile del mercato concorrenziale*, in PALAZZO-SASSI-SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, 127 e segg.; Id., *Correttezza e antitrust nel prisma del nuovo diritto dei contratti*, in *Rass. Giur. Umbra*, 2005, 140 e segg.

mento comunitario e nella legislazione *antitrust*. Quest'ultimo, infatti, è il parametro per valutare la rispondenza della condotta delle parti al principio di libertà della concorrenza non soltanto nella fase precontrattuale, ma anche in quella esecutiva del contratto (artt. 1337 e 1375 c.c.). In particolare, la correttezza nell'esecuzione del contratto impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico¹⁸. È, infatti, contrario al principio di libertà della concorrenza concludere un contratto a condizioni inique oppure dare ad esso esecuzione secondo modalità tali da pregiudicare un assetto equilibrato degli interessi in giuoco. Il mercato concorrenziale presuppone che i contratti siano economicamente efficienti, in quanto, secondo gli economisti, in regime di concorrenza perfetta, lo scambio ha come conseguenza il miglioramento delle condizioni di entrambe le parti¹⁹.

Alla luce di quanto osservato, possiamo concludere che, tutte le volte in cui due parti entrano in relazione (o in contatto) allo scopo di concludere una determinata operazione economico-giuridica, il concetto di correttezza economica permette di sottoporre ad un controllo giudiziale il comportamento da essi tenuto per la realizzazione dei propri interessi, al fine di dare protezione, nel sorgere di un conflitto giuridico, all'interesse che appare maggiormente meritevole di tutela. In particolare, il conflitto giuridico concerne l'assetto economico-normativo del contratto, quale si è venuto delineando nel corso della formazione del vincolo (correttezza o buona fede *in contrahendo*), ovvero le modalità esecutive del rapporto (correttezza o buona fede *in executivis*). Il giudizio di meritevolezza è condotto alla luce dei principi costituzionali di solidarietà, di eguaglianza sostanziale e di libertà di iniziativa economica privata.

FRANCESCO SCAGLIONE

CONTRATTO DI VIAGGIO TURISTICO

I.

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 6 luglio 2009, n. 15798 — FILADORO *Presidente* — UCCELLA *Relatore* — RIELLO P.M. (conf.) — Z.G. (avv.ti Volpi, De Castello) - I Viaggi del Ventaglio (avv. Bernardini).

Conferma App. Milano, 4 dicembre 2004.

Trasporto (Contratto di) — Tutela dei consumatori — Pacchetti turistici e agenzie di viaggio — Responsabilità del tour operator — Obbligo di informazione — Trasporto turistico — Azioni risarcitorie — Danni patrimoniali e non patrimoniali da vacanza rovinata (L. 27 dicembre 1977, n. 1084; D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 111, artt. 8, 9; D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 88; Conv. Bruxelles 23 aprile 1970).

¹⁸ Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, in *Repertorio Foro It.*, 2006, voce "Contratto in genere", n. 17; Id., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro It.*, 2004, I, 1397 e segg.; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, 505.

In virtù della disciplina del contratto di viaggio turistico introdotta nell'ordinamento nazionale per effetto della Convenzione di Bruxelles 23 aprile 1970, ratificata in Italia con la legge n. 1084/1997, l'organizzatore del viaggio deve adottare tutte le misure idonee ad evitare danni a coloro che vi partecipano, senza superare il livello medio di diligenza. Pertanto, una volta informato il viaggiatore delle prestazioni promesse (inerenti al trasporto, all'alloggio, alle attività sportive, alle escursioni e alle altre attività correlate) e messo a disposizione di questi il c.d. "opuscolo informativo" menzionato dall'art. 9, D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 111, che prevede tra le informazioni generali le sole notizie, di carattere essenzialmente amministrativo, necessarie per recarsi all'estero, e l'indicazione nel documento di viaggio dei servizi forniti e delle condizioni idonee a giustificare l'annullamento, egli si deve considerare adempiente con sufficiente diligenza alle sue obbligazioni (1).

II.

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 6 luglio 2009, n. 15800 — VARRONE *Presidente* — UCCELLA *Relatore* — DE NUNZIO P.M. (diff.) — Laudisio ed altri (avv.ti Srubek Tomassy, Sorrentino) - Regent International s.r.l. (avv.ti Rizzitelli, Sparano).

Cassa con rinvio App. Trieste, 14 maggio 2004.

Trasporto (Contratto di) — Trasporto turistico — Tutela del consumatore — Pacchetti turistici e agenzie di viaggio (C.c. art. 1453; Conv. Bruxelles 23 aprile 1970, artt. 13, 14).

Le norme contenute nella Convenzione di Bruxelles del 23 aprile 1970 sul contratto di viaggio (ratificata con L. 27 dicembre 1977, n. 1084) apprestano al viaggiatore una tutela minima e indefettibile, che si aggiunge e non si sostituisce a quella prevista dai principi generali in tema di inadempimento del contratto. Ne consegue che l'indennizzo previsto dall'art. 13 Conv. in favore del viaggiatore, per le ipotesi di responsabilità dell'organizzatore od intermediario di viaggio, è dovuto a prescindere dalla sussistenza delle condizioni che legittimano la risoluzione del contratto (2).

I.

Ommissis. — **Motivi:** 1. Con il primo motivo (violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. e art. 2729 c.c., in relazione agli artt. 360 c.p.c., n. 3 per violazione e falsa applicazione di norme di diritto e art. 360 c.p.c., n. 5 "per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia prospettata dalle parti") la Z. sostiene che il giudice dell'appello avrebbe erroneamente dichiarato inammissibile la prova da lei articolata.

Riconosce la ricorrente che la prova fu articolata in primo grado, ma non venne coltivata in sede di precisazione delle conclusioni, sebbene poi riproposta in appello (p. 8 ricorso).

Il motivo è inammissibile, perché non censura la ratio decidendi del giudice dell'appello di cui riconosce i presupposti di fatto.

¹⁹ Cfr. SHAVELL, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Torino, 2005, 271 e segg.; FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2004, 275 e segg.

Ne consegue l'assorbimento del secondo motivo circa il nesso eziologico, disconosciuto dalla sentenza impugnata.

Peraltro, per suffragare il suo convincimento, il giudice del merito affronta anche "per esigenze di completezza argomentative" le doglianze dell'attuale ricorrente.

Argomenta il giudice che "la sorte del giudizio non sarebbe stata diversa se la Z. avesse dimostrato la rilevanza causale del microrganismo ustionante presente nelle acque antistanti al villaggio turistico, poiché, ai fini dell'accertamento della responsabilità della compagnia di viaggio, la danneggiata avrebbe altresì dovuto provare non solo che la controparte fosse stata a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della presenza dell'alga marina in quel tratto di mare e nel periodo in cui ebbe luogo la vacanza e della probabilità di un contatto aggressivo facilitato dalla bassa marea, ma anche che ella, se informata di tale eventualità, si sarebbe astenuta dallo stipulare il contratto (di viaggio n.d.r.) o lo avrebbe concluso a condizioni diverse" (p. 5 sentenza impugnata).

Simile motivazione non risulta né insufficiente né contraddittoria non ravvisandosi nel ragionamento del giudice del merito né il mancato esame di un punto decisivo della controversia, prospettato dalla parte (in quanto, come esposto, la Corte territoriale esamina proprio il punto sulla richiesta di apposita CTU per disattenderla) né un insanabile contrasto tra le argomentazioni complessivamente adottate (Cass. n. 2399/04).

Né può dedursi di aver in tal modo posto a carico del viaggiatore-consumatore la prova di conoscenza delle circostanze da parte della Ventaglio.

Infatti, il giudice dell'appello, investito della domanda risarcitoria, ha accertato che la Ventaglio ha agito secondo il criterio della diligenza professionale (art. 1176 c.c.) e della buona fede precontrattuale e contrattuale (artt. 1175, 1337, 1374 e 1375 c.c.), in quanto ha ritenuto che "il fenomeno della bassa marea, quale situazione favorevole all'azione nociva di eventuali microrganismi acquatici" non fosse riconducibile "al novero di quelle informazioni di carattere generale" che l'organizzatore del viaggio deve mettere a disposizione del "consumatore".

Al riguardo, va evidenziato che l'organizzatore di viaggi turistici, in base ai principi contenuti nella Convenzione di Bruxelles del 23 aprile 1970 concernente il contratto di viaggio, deve adottare tutte le misure idonee ad evitare danni a coloro che vi partecipano (Cass. n. 4636/97); è tenuto ad una condotta che non superi il livello medio di diligenza (Cass. n. 20787/04).

Pertanto, una volta informato il viaggiatore, come è stato fatto nella specie, delle prestazioni promesse (trasporto, alloggio, attività sportive, escursioni e quant'altro), e messo a disposizione di questi il cd. opuscolo informativo menzionato dal D.Lgs. n. 111 del 1995, art. 9, che contempla tra le informazioni generali quelle sole notizie, di carattere per lo più amministrativo, necessarie per recarsi all'estero e indicato nel documento di viaggio i servizi forniti e le condizioni atte a giustificarne l'annullamento, nulla più incombe al detto organizzatore per dimostrare di aver adempiuto con la dovuta diligenza ai suoi obblighi.

Nella specie, il CTU e la relazione del CT di parte hanno solo indicato come causa probabile, ma non certa, che la fotodermatite sia stata causata da un microrganismo acquatico (p. 4 sentenza impugnata), per cui la probabilità della causa non si configura come causalità necessaria ed esclude di per sé ogni responsabilità precontrattuale, rinvenibile soltanto in una negligenza informativa, che allo stato, non è stata ritenuta, dovendosi ragionevolmente considerare che esula dalla esperienza dell'organizzatore del viaggio e dalla sua necessaria professionalità la cognizione della bassa marea in un posto e della presenza di microrganismi infetti nello stesso.

Di vero, l'assunto dell'attuale ricorrente, secondo il quale vi sarebbe stata omessa informazione di un pericolo e di un danno alla sua pelle, dovuti alla interazione tra la bassa marea e la presenza dell'alga ustionante, che, invece, la compagnia era tenuta a rappresentarli, non comporta, come corretta-

mente rilevato nella sentenza impugnata, alcun nesso di causalità tra l'asserita negligenza informativa e la fotodermatite, determinata, peraltro, da un raro, a dire della ricorrente, microrganismo.

Di qui l'assorbimento degli altri profili in esso contenuti circa il danno patrimoniale, danno morale, rimborso spese e da vacanza rovinata.

In conclusione il ricorso va respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio. — *Omissis*.

II.

Omissis. — 3.1. Va innanzitutto chiarito che tutte le censure sottendono una questione di fondo, cioè il collegamento e la compatibilità o meno della Convenzione con le norme del diritto nazionale: questione non ancora affrontata da questa Corte, malgrado le numerose pronunce relative alla stessa (v. Cass. n. 9643/96; n. 460/99; n. 16868/02; n. 20787/04 ex plurimis).

Non è, pertanto, superfluo premettere che essa Convenzione si configura come completamente della disciplina uniforme sui trasporti ed è stata emanata e ratificata in un periodo in cui anche la dottrina civilistica italiana, a fronte della quotidiana esistenza di contratti atipici di trasporto dei viaggiatori, parlava di "contratto turistico", di "contratto di assistenza turistica", di "contratti di crociera turistica".

Nel nostro sistema il contratto di viaggio, quindi, non era un contratto tipico, anche se quelle figure di contratto così individuate, che molto assomigliavano all'attuale "contratto di viaggio", erano ritenute, esattamente, contratto di risultato.

L'immissione delle norme Convenzionali ha fatto sorgere il contratto di viaggio, che si può qualificare un nuovo contratto tipico secondo il sistema codicistico italiano.

Infatti, l'art. 1, n. 3 COV definisce il contratto di viaggio come quel contratto con il quale una persona s'engage, in son nom, a procurer à une autre, moyennant un prix global, un ensemble de prestations combinées de transport, de séjour distinctes du transport ou d'autres services qui s'y rapportent (testo originale).

3.2. Le altre disposizioni della Convenzione consentono di poter affermare che in essa:

a) sono stati individuati gli elementi oggettivi che consentono di parlare di "contratto di viaggio", "di contratto di organizzazione di viaggio", "di contratto di intermediazione di viaggio"; di cosa si intenda per prezzo del viaggio" (COV n. 1.1; n. 1.2; n. 1.3; n. 1.4);

b) sono stati identificati i soggetti-parti contraenti dei due sottotipi del contratto (contratto di organizzazione e contratto di intermediazione del viaggio — COV n. 1.5; n. 1.6; n. 1.7);

c) viene sottolineato che nella esecuzione del contratto devono essere tenuti presenti i diritti e gli interessi del viaggiatore, secondo quanto stabilito dai principi generali del diritto e dai "bons usages en ce domaine" (art. 3 COV);

d) si pone l'obbligo a carico del viaggiatore di fornire tutte le informazioni necessarie che gli vengano richieste e di conoscere, controllandola, la normativa che attiene al viaggio, al soggiorno ed ad ogni altra prestazione (art. 4 COV);

e) l'organizzatore risponde della perfetta esecuzione del viaggio in proprio nonché come rappresentato dei suoi preponenti e rappresentanti (art. 12 COV);

f) tale responsabilità copre ogni danno cagionato al viaggiatore in virtù di inesecuzione totale o parziale delle obbligazioni assunte con il contratto stipulato o che sono previste dalla Convenzione, salvo che l'organizzatore non provi di aver agito con diligenza (comb. disp. art. 13, comma 1, art. 14, art. 15, comma 1 COV);

g) non vi sono ostacoli normativi che impediscano al viaggiatore di tutelare come crede i propri diritti, ma, qualora sussista la responsabilità dell'organizzatore, egli ha diritto ad una indennità, accordata nei limiti di cui all'art. 13, comma 1 COV, salva la possibilità per lo Stato contraente di elevare tale limite;