

## **STUDIO LEGALE CRISCIONE**

Avv. Carmine Criscione  
Studio: Via Gesù e Maria n. 13 CAP 80135 Napoli  
telefono e fax 0815497403  
email [c.criscione@libero.it](mailto:c.criscione@libero.it)  
sito web [www.studiocriscione.it](http://www.studiocriscione.it)  
pec [carminecriscione@avvocatinapoli.legalmail.it](mailto:carminecriscione@avvocatinapoli.legalmail.it)

**OGGETTO: parere pro-veritate.**

### **RIEQUILIBRIO CONTRATTUALE E SOLIDARIETA' NEL VOUCHER**

#### **1. GENESI DEL VOUCHER**

Il *voucher* introdotto dalla decretazione d'urgenza del marzo 2020 pone, fra gli altri, il problema del suo corretto inquadramento giuridico.

Infatti, tale strumento finora era stato compiutamente trattato soltanto in una normativa di carattere fiscale, e cioè quella contenuta nel D.Lgs. n. 141/2018<sup>1</sup> di attuazione della Direttiva (UE) n. 2016/1065, alla quale si ritiene opportuno fare un rapido accenno prima di soffermarsi specificamente sul *voucher* nel settore del Turismo.

La suddetta Direttiva ha introdotto delle norme specifiche per quanto riguarda l'emissione, il trasferimento ed il riscatto dei buoni al fine di garantire che non si verificassero disallineamenti tra Stati membri che potessero dare luogo «*ad una doppia imposizione o non imposizione, nonché al fine di ridurre il rischio dell'elusione fiscale*».

Essa ha previsto che la disciplina debba essere applicata solo ai buoni «*che possono essere utilizzati per il riscatto contro beni o servizi*<sup>2</sup>», precisando, però, in cosa consistano tali buoni sì da potere non solo «*determinare chiaramente che cosa costituisce un buono ai fini dell'IVA*», ma anche «*distinguerlo dagli strumenti di pagamento*». In ragione di ciò, essa ha, pertanto, richiesto che siano riconosciute le caratteristiche essenziali dei buoni, in particolare la natura del diritto loro connesso e «*l'obbligo di accettare tale buono come corrispettivo a fronte di una cessione di beni o di una prestazione di servizi*<sup>3</sup>».

In attuazione di tale Direttiva è stato emanato il D. Lgs. 141/2018, con il quale è stata, pertanto, introdotta, nell'ordinamento nazionale, la disciplina relativa al trattamento IVA dei buoni-corrispettivo (o "*voucher*") mediante l'inserimento, all'interno del DPR 633/72<sup>4</sup>, degli artt. 6-*bis*, 6-*ter* e 6-*quater*, nonché del comma 5-*bis* nell'art. 13.

---

<sup>1</sup> Emanato il 29 novembre 2018, in attuazione della legge di delegazione europea n. 163 del 2017 che ha delegato il Governo ad attuare la direttiva (UE) 2016/1065 del Consiglio, del 27 giugno 2016, recante "modifica della direttiva 2006/112/CE per quanto riguarda il trattamento dei buoni-corrispettivo".

<sup>2</sup> Considerando n. 4.

<sup>3</sup> Considerando n. 6.

<sup>4</sup> Contenente la " Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto".

Segnatamente, è l'art. 6-bis del DPR 633/72 che definisce il "buono-corrispettivo" identificandolo nello «strumento<sup>5</sup> che contiene l'obbligo di essere accettato come corrispettivo o parziale corrispettivo a fronte di una cessione di beni o di una prestazione di servizi e che indica, sullo strumento medesimo o nella relativa documentazione, i beni o i servizi da cedere o prestare o le identità dei potenziali cedenti o prestatori, ivi incluse le condizioni generali di utilizzo ad esso relative».

## 2. NATURA GIURIDICA DEL VOUCHER

Il *voucher* previsto, per la prima volta, per il settore turistico dall'art. 28 del Decreto-legge n. 9/2020 come si può dedurre dalla Relazione Illustrativa del predetto decreto attuativo (il D.Lgs. n. 141/2018 che, ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi, costituisce, pertanto, interpretazione autentica della norma), sotto il profilo prettamente giuridico, è un **titolo improprio o documento di legittimazione ai sensi dell'art. 2002 cod. civ.**<sup>6</sup>; tuttavia, resta da qualificare anche la natura giuridica della "sostituzione" che il *voucher* compie rispetto all'obbligazione principale del Viaggiatore nel contratto di pacchetto turistico.

Con la sottoscrizione del pacchetto il Viaggiatore, a fronte della prestazione di una combinazione di servizi turistici, si era obbligato a pagare un prezzo. Essendo intervenuta una causa di impossibilità sopravvenuta, il contratto si è risolto, determinando la duplice conseguenza che l'Organizzatore si è sciolto dal proprio obbligo di fornire la prestazione ed il Viaggiatore si è sciolto dal proprio obbligo di pagare il prezzo. Tale risoluzione, disciplinata in via generale nel codice civile dall'art. 1463, ha una sua disciplina peculiare nell'art. 41, comma 4, del Codice del Turismo.

L'art. 28 del Decreto-legge n. 9 del 2 marzo 2020 (per titoli di viaggio e pacchetti) è intervenuto proprio a derogare il suddetto art. 41, comma 4, aggiungendo due ulteriori opzioni per l'Organizzatore rispetto a quella di restituire il prezzo, e cioè la possibilità di fornire un pacchetto sostitutivo e la possibilità di emettere un *voucher* corrispondente al medesimo corrispettivo ricevuto e della durata di un anno, decorrente dalla data di emissione.

Una deroga dettata, senza alcun dubbio, da finalità di solidarietà sociale nei confronti del comparto Turismo, falcidiato dal Covid-19, ma che non poteva fornire, considerata l'estrema urgenza, validi ed ulteriori strumenti per consentire anche un corretto inquadramento giuridico dell'istituto *voucher* e dell'operazione che esso va ad effettuare su una prestazione oggetto di un contratto risoltosi.

Nel campo delle obbligazioni questo fenomeno potrebbe essere affine a molti istituti giuridici esistenti, quali la surrogazione oggettiva della prestazione, la dazione in pagamento<sup>7</sup>, l'obbligazione facoltativa<sup>8</sup> o la novazione oggettiva<sup>9</sup>; ma tutti questi strumenti comportano l'esistenza di un

---

<sup>5</sup> Che può presentarsi in forma fisica o elettronica.

<sup>6</sup> Tale norma si intitola "Documenti di legittimazione e titoli impropri" e recita: «Le norme di questo titolo non si applicano ai documenti che servono solo ad identificare l'avente diritto alla prestazione o a consentire il trasferimento del diritto senza l'osservanza delle forme proprie della cessione».

<sup>7</sup> Cd. *datio in solutum*, istituto giuridico disciplinato dall'art. 1197 cod. civ. che consente l'estinzione dell'obbligazione a seguito dell'esecuzione, da parte del debitore, di una prestazione diversa da quella dovuta e dell'accettazione, da parte del creditore, che venga eseguita tale prestazione diversa.

<sup>8</sup> Istituto diverso dalla *datio in solutum* in quanto l'estinzione dell'obbligazione attraverso l'esecuzione della prestazione diversa ma dipende da un accordo solutorio convenuto in sede di assunzione dell'obbligazione principale. Nell'obbligazione facoltativa l'impossibilità sopravvenuta della prestazione principale determina l'estinzione dell'obbligazione e la scelta viene esercitata esclusivamente attraverso l'esecuzione della diversa prestazione.

rapporto obbligatorio rispetto al quale o si cambia l'oggetto della prestazione o (si cambia) la causa del rapporto stesso.

La fattispecie trattata nell'art. 28 (e confermata, per i contratti di soggiorno, dall'art. 88 del Decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020 fino a diventare un sistema con l'art. 88 bis della legge n. 27 del 30 aprile 2020) rappresenta, invece, un *unicum* nel panorama giuridico italiano in quanto, fino ad oggi, il *voucher* è stato trattato come un "buono-corrispettivo" che *contiene l'obbligo di essere accettato come corrispettivo o parziale corrispettivo a fronte di una cessione di beni o una prestazione di servizi*, per cui il titolare del buono (Consumatore o Lavoratore) ha derivato il suo credito (diritto di riscatto) da una convenzione esistente con un distributore di beni o servizi o direttamente con il fornitore o come beneficiario di una convenzione fra altri due soggetti, sulla base del presupposto che il contratto fosse, però, ancora esistente. Nel caso disciplinato dall'art. 88 bis, invece, il *voucher* interviene a titolo di buono-corrispettivo rispetto ad un rapporto obbligatorio risoltosi per impossibilità sopravvenuta.

La sua natura di titolo improprio - che, fra l'altro, **non può essere costitutivo ma solo probatorio di un diritto** - necessita che il documento di legittimazione sia legato ad un rapporto obbligatorio valido ed efficace; ma nel caso regolato dall'art. 88 bis il *voucher* non può essere legato né ad un rapporto obbligatorio non più esistente, né ad un rapporto obbligatorio futuro (vale a dire il pacchetto che verrà stipulato entro un anno dalla sua emissione).

Le predette lacune sono state tutte colmate con una sorta di innovativa **novazione oggettiva ope legis**, attraverso la quale viene salvaguardato e prolungato l'interesse delle parti mediante la "sostituzione" del rapporto obbligatorio preesistente (il pacchetto risoltosi) con un rapporto nuovo (il nuovo pacchetto che verrà stipulato entro i dodici mesi di durata del voucher).

Un'operazione molto complessa ed innovativa che consente di contemperare varie esigenze, sia private che pubbliche, e cioè: a) l'interesse delle parti che li avevano determinati a trovare un accordo nel contratto risoltosi; b) il necessario collegamento fra il *voucher* ed un rapporto negoziale valido ed efficace; c) l'interesse pubblico a tutelare, in virtù del diritto costituzionale di solidarietà sociale (art. 2 Costituzione), da un lato, un settore in crisi e, dall'altro, gli interessi dei consumatori stessi che, senza questo strumento innovativo, sarebbero stati costretti, in molte situazioni, a misurarsi con problemi di insolvenza o fallimento di imprenditori del settore turistico.

### 3. SOLIDARIETA' SOCIALE.

La solidarietà è il principio sotteso alla norma dell'art. 88 bis in questione, da intendersi non come principio generico e dal valore solo descrittivo, o come speranza od obiettivo da raggiungere, quanto, piuttosto, come principio che vincola tutti gli aspetti della vita sociale, dal lavoro ai diritti sociali (come la salute, l'istruzione, la previdenza). In ragione della solidarietà, dunque, in un momento di risorse economiche scarse - o che si apprestano a diventare tali, come quello che si sta attualmente vivendo - è legittimo per lo Stato fare delle scelte, seguendo, però, le priorità della Costituzione che risultano sempre prevalenti, ed il Legislatore statale, in questo momento, ha fatto la scelta di realizzare il concorso in attività di carattere solidaristico, ponendo in essere una norma di

---

<sup>9</sup> Istituto disciplinato dall'art. 1230 cod. civ. che consente l'estinzione dell'obbligazione quando «*le parti sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso*» e la volontà di estinguere l'obbligazione precedente risulta «*in modo non equivoco*».

coesione sociale grazie alla quale ciascuno ha la possibilità di dare “il proprio contributo” al fine di creare le condizioni di una rapida ed auspicata ripresa a vantaggio della sopravvivenza e dello sviluppo della comunità intera.

Infatti, attraverso il *voucher*, il Legislatore consente al Viaggiatore la possibilità di non perdere il corrispettivo che, in ogni caso, aveva già impegnato per l’acquisto di un pacchetto o di un servizio turistico e che potrà riutilizzare nel considerevole arco temporale di un anno, ed all’Organizzatore ed al Vettore la possibilità di non perdere tutta la propria liquidità in una contingenza di difficilissima gestione.

Con queste premesse si riesce anche meglio a comprendere il fenomeno del traghettamento, ad opera del Legislatore, della prestazione da un rapporto sciolto ad un rapporto futuro: infatti, intervenuta la risoluzione, il credito del Viaggiatore ad ottenere, ai sensi dell’art. 1463 cod. civ., il rimborso dell’acconto o saldo corrisposto si trasforma *ope legis* in un credito da utilizzare nel futuro rapporto obbligatorio che il Viaggiatore potrà stipulare entro un anno dalla data di emissione del *voucher*. Una vera e propria novazione oggettiva del rapporto obbligatorio, saggiamente guidata dal Legislatore che ha dato, pertanto, maggiore rilevanza agli interessi delle parti già manifestati nel rapporto obbligatorio risoltosi piuttosto che ad una nuova loro volontà.

Del resto, nel quadro dei valori consacrati dalla Costituzione nel corso degli anni si è registrata una continua valorizzazione del dovere di solidarietà ai sensi dell’art. 2 della Costituzione “[...] *al quale i giudici hanno progressivamente riconosciuto una funzione di garanzia dell’adempimento dei doveri del singolo verso la comunità, rilevante non solo nella sfera dei rapporti economici, ma anche nell’ambito dei rapporti interindividuali*” (cfr. Buffone, De Giovanni, Natale, Il Contratto, Tomo II pag. 1941, Padova 2013).

**La valorizzazione del dovere costituzionale di solidarietà ha determinato la corrispondente valorizzazione del dovere di buona fede che deve caratterizzare tutte le fasi che portano alla conclusione di un rapporto contrattuale** (nel corso delle trattative precontrattuali ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c.; nel corso dell’esecuzione del contratto, ai sensi dell’art. 1375 c.c.; durante la pendenza di un’eventuale condizione, ai sensi dell’art. 1358 c.c. e nell’interpretazione del contratto, ai sensi dell’art. 1366 c.c.).

La buona fede è così diventata, nell’ambito del rapporto obbligatorio, una “articolazione del principio primario di solidarietà costituzionale” (cfr. Corte di Cassazione Sezione Lavoro, sentenza n. 236 del 12.01.2012).

Nella concreta applicazione giurisprudenziale, il principio generale di buona fede si è trasformato da norma di rinvio ad altre norme in norma di direttiva che caratterizza ogni fase del rapporto contrattuale “*funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell’interesse del partner negoziale*” e delegando al giudice la formazione della norma concreta di decisione (cfr. Cass. SS.UU. sentenza n. 23726 del 15.11.2007).

*“[...] Sono ormai plurimi i versanti di operatività riconosciuti in dottrina al dovere di buona fede nei rapporti negoziali: la buona fede opera infatti (come si vedrà) quale **canone della lealtà e della salvaguardia**, al di là del contenuto dell’obbligazione e nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio (Bianca); come **fonte di integrazione del contatto** (Rodotà); come strumento che, in **funzione preventiva**, serve ad indicare alle parti **come si devono comportare**, in particolare, guidando i contraenti tutte le volte in cui la legge e il contratto non specificano in maniera dettagliata qual è il comportamento richiesto (Patti); come **tecnica di controllo giudiziale***

*del c.d. poteri privati (Di Majo), quale tecnica di tutela contro l'abuso del diritto (Natoli). Anche la diffidenza di un tempo della giurisprudenza verso tale clausola generale è definitivamente superata. Il precetto di buona fede è ormai entrato nel tessuto connettivo dell'autonomia privata e presiede all'applicazione -in ogni sua fase- della regola contrattuale (Cass. Civ. 05.03.09 sent. n. 5348). Lo si evince dalle pronunzie giurisprudenziali che elevano la correttezza in fase precontrattuale a **presidio della libertà negoziale** (Cass. Civ. 26.04.12, sent. n.6526, in *Dir. e Giust.* 27.04.12) che impongono ad una delle parti del contratto di tenere **comportamenti non prescritti** da apposite pattuizioni, da norme di legge né dal dovere del *neminem laedere* (Cass. S.L. 12.01.12, sent. n. 236, in *Foro it.* 2012, I, 755); che riconoscono nel dovere generale di correttezza, sancito dall'art. 1375 c.c., un principio generatore di **obbligazioni collaterali di tipo protettivo** (Cass. Civ. 4.5.11, sent. n. 9779, in *Guida al Diritto 2011*); che sottolineano come alle regole di correttezza deve essere informato, ex artt. 1175 e 1375 c.c., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e, quindi, anche il **recesso di una di esse**" (Cass. S.L. 28.3.11, in *Dir. Relaz. Ind.*, 2011, 3, 787); che legittimano la **risoluzione del contratto** anche a fronte della violazione dei suddetti obblighi integrativi, sempre che l'inadempimento non sia di scarsa importanza (Cass. Civ., 29.5.06, sent. n. 12801, in *Foro it.*, rep. 2006, voce *Contratto in genere*, n. 354); che da tale violazione fanno discendere l'assoggettamento all'**azione risarcitoria** (Cass. Civ. 11.02.05, sent. n. 2855); che considerano l'interpretazione di buona fede del contratto un **"passaggio necessario" dell'ermeneutica negoziale** (Cass. S.L., 7.10.08, sent. n. 24733); che dal principio di buona fede ricavano un generale **divieto di abuso del diritto** [...]" (cfr. Buffone, De Giovanni, Natale, *Il Contratto*, Tomo II pag. 1946, Padova 2013).*

Premesso quanto sopra se si analizza l'istituto del voucher ed all'interpretazione dell'art. 88 bis sotto la "direttiva" del criterio interpretativo della buona fede ed in funzione del carattere "protettivo" di tale principio a tutela del contraente più debole (in un pacchetto, il Viaggiatore, secondo quanto ripetutamente sottolineato dalla Direttiva UE "Pacchetti" n. 2015/2302 e recepito nel nostro ordinamento giuridico con il D. Lgs. n. 62/2018), sarà molto difficile interpretare un patto contrattuale che richiama una norma la quale stabilisce semplicemente che l'Organizzatore può offrire al Viaggiatore il voucher, nel senso, più favorevole al solo Organizzatore, e, cioè, in modo che detto voucher debba far riferimento alla "medesima prestazione" concordata nel contratto risoltosi poi per impossibilità sopravvenuta.

La predetta interpretazione sarebbe quantomeno azzardata per i seguenti motivi:

- a) violazione del principio di buona fede oggettiva e del dovere costituzionale di solidarietà;
- b) impossibilità di riferirsi ad una medesima prestazione di un contratto che ha perso ogni efficacia in virtù dell'intervenuta risoluzione per impossibilità sopravvenuta;
- c) mancanza di qualsiasi riferimento nella norma in questione (art. 88 bis) dell'espressione "medesima prestazione";
- d) natura di documento di legittimazione ai sensi dell'art. 2002 c.c. del voucher che rappresentando un semplice credito del Viaggiatore/Consumatore non può avere alcuna identificazione nella "medesima prestazione" che finirebbe per limitarlo.

I suddetti criteri sono relativi all'interpretazione del contratto e diventerebbero operativi contestualmente all'emissione del voucher che andrebbe a sostituire il pacchetto sciolto per l'impossibilità sopravvenuta.

Per il momento, in considerazione della recente entrata in vigore dell'art. 28 con il D.L. n. 9 del 2 marzo 2020, poi sostituito dall'art. 88 bis, si deve concentrare l'attenzione esclusivamente sull'interpretazione della norma giuridica e rammentare subito il principio generale (espresso in Barile, Istituzioni di Diritto Pubblico, Padova, 1991, pag. 65) e cioè che *“una norma non può mai essere intesa correttamente se non la si collega con tutte le altre dell'ordinamento: nessuna norma vive di vita propria, tutte sono strettamente collegate le une alle altre, in modo che qualunque tentativo di interpretarle isolatamente sarebbe sicuramente sbagliato”*.

Senza fare un elenco delle norme regolatrici dell'interpretazione della norma giuridica (artt. 12-14 delle Preleggi) è evidente che dall'art. 88 bis non si può far discendere il concetto di "medesima prestazione" sia perchè non conforme ad un'interpretazione letterale della norma (l'art. 12 delle Preleggi dispone che *"nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore"*), sia perchè non verrebbe in soccorso neppure il criterio dell'interpretazione logica e sistematica, con il ricorso all'analogia legis e iuris. Infatti, nell'ordinamento giuridico italiano, prima dell'entrata in vigore dell'art. 28 del Decreto-legge n. 9/2020, l'unico voucher regolato è quello disciplinato dagli artt. 6 e 13 del DPR n. 633/72 che qualificano, sotto il profilo meramente fiscale, il voucher come “buono-corrispettivo” senza in alcun modo ancorarlo alla “medesima prestazione”.

#### **4. RIEQUILIBRIO CONTRATTUALE**

Gli effetti della risoluzione del contratto sono retroattivi e per questo motivo nella risoluzione ai sensi dell'art. 1463 cod. civ. la parte che ha ricevuto la prestazione deve restituirla all'altra secondo la disciplina della ripetizione dell'indebitato.

Tale circostanza, tuttavia, altera inevitabilmente l'equilibrio contrattuale (cd. "sinallagma"), se la parte che ha iniziato l'esecuzione della prestazione (e addirittura di una sua parte rilevante) sia costretta a restituire integralmente la propria.

L'art. 41 comma 4 del Codice del Turismo che ha recepito la cd. Direttiva Pacchetti 2015/2302 è concepito - e non poteva essere diversamente - con un *favor* indiscutibile nei confronti del Viaggiatore, sul presupposto che quest'ultimo sia il "contraente debole" del contratto, da tutelare in ogni modo nei confronti di un imprenditore come il Tour Operator, fra l'altro, solitamente "pensato" come un soggetto di grosse dimensioni e di rilevanza spesso internazionale.

La tutela del Viaggiatore nel Codice del Turismo novellato nel luglio del 2018 è stata ulteriormente rafforzata con l'obbligatorietà delle informazioni precontrattuali, con la protezione in caso di insolvenza e fallimento, con le polizze obbligatorie per la responsabilità civile di Venditore ed Organizzatore, con il recesso prima dell'inizio del pacchetto e con una tutela importante in caso di modifiche delle condizioni contrattuali diverse dal prezzo, con la possibilità di cessione del contratto, con la spiccata possibilità di ricorrere alla tutela dell'AGCM anche per ottenere l'irrogazione di sanzioni amministrative nei confronti di professionisti poco rispettosi delle regole.

Il Legislatore comunitario ha concepito la Direttiva Pacchetti partendo dal presupposto che nel rapporto contrattuale turistico il contraente debole fosse sempre e comunque il Viaggiatore e tale assunto è indiscutibile se si prende in considerazione l'incontro "soggettivo" fra un Professionista ed un Consumatore; tuttavia, il Legislatore comunitario e, di conseguenza, quello nazionale che ha

recepito la Direttiva Pacchetti, non potevano prevedere (o meglio: non hanno sufficientemente prestato attenzione) l'effetto di livellamento che ha sortito il Covid-19, evento esterno oggettivo che colpisce in egual misura il Professionista come il Consumatore.

Il Legislatore comunitario, assorbito dalla missione di approntare ad ogni costo la tutela "soggettiva" del Viaggiatore, non ha preso in considerazione, nel formulare l'art. 12 della Direttiva Pacchetti (che disciplina l'obbligo di rimborso a carico dell'Organizzatore in caso di impossibilità sopravvenuta che fa sciogliere il contratto), che il sinallagma contrattuale deve essere rispettato a prescindere dalla qualità della parte e, di conseguenza, la norma dell'art. 41 comma 4 del Codice del Turismo, accettabile in periodi ordinari, ha avuto la necessità, durante un periodo eccezionale, di un temeramento con l'introduzione dell'istituto del voucher.

Per comprendere meglio gli effetti dell'impossibilità sopravvenuta su un pacchetto turistico sarà opportuno, fra l'altro, fare un *excursus* sul contratto di organizzazione di un viaggio e sul suo corretto inquadramento giuridico.

Il contratto di organizzazione di viaggi, ancora prima delle Direttive Comunitarie del 1990 e del 2015 e dei Codici del Turismo del 2011 e della Novella del 2018, dalla giurisprudenza di legittimità nazionale era stato già ricondotto nello schema tipico del contratto d'appalto ed, in particolare, nello schema dell'appalto di servizi. (cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 2202 del 28 maggio 1977, richiamata in Costanza, L'appalto privato, Torino, 2000 pag.469).

Con l'approvazione del nuovo Codice del Turismo, nell'art. 42 si deduce chiaramente che la disciplina da applicare è quella dell'appalto, sia per il richiamo a norme precise (art. 1228 c.c.), sia per la terminologia usata (ad esempio "difetti di conformità", tipica del contratto di appalto) sia per la tipologia della prestazione (obbligazione di risultato) e per l'elemento fiduciario (*intuitu personae*) che determina la scelta del Tour Operator da parte del Viaggiatore.

Il contratto d'appalto è un contratto a prestazioni corrispettive che, pertanto, sia nella fase genetica, sia in quella esecutiva, deve essere caratterizzato da un equilibrio e, possibilmente, da meccanismi legali o convenzionali, di riequilibrio, qualora il sinallagma venisse turbato.

Come precisato da autorevole dottrina (Costanza, L'appalto privato, Torino, 2000 pag. 469): *“Il riequilibrio contrattuale è una esigenza fondamentale per l'attuale fase economica e sociale, nella quale il contratto più diffuso è quello d'impresa, espressione di una attività (spesso esercitata in forma collettiva) necessariamente ispirata a regole di economicità e profitto che inducono, di rimando, alla previsione e rigorosa delimitazione degli effetti della sopravvenienza e quindi del rischio contrattuale, secondo i criteri propri dell'attività commerciale d'impresa. D'altro canto, l'elaborazione in materia di contratti ad esecuzione prolungata denota come gli interessi delle parti, a volte di rilevanza causale, siano spesso diretti ad instaurare una relazione continuativa che, come tale, non può non caratterizzarsi per una certa <<incompletezza>>: il conseguimento delle finalità economiche delle parti presuppone perciò una cooperazione delle stesse nella ricerca di soluzioni concordate dei conflitti destinati ad insorgere a causa di sopravvenienze non prefigurate. Appare così logico che in sede di interpretazione storico-evolutiva vadano privilegiate, perché meglio adeguate al riequilibrio contrattuale, le norme <<speciali>> dettate per il singoli tipi contrattuali, in particolare quelle predisposte per l'appalto”*.

Il codice civile e le leggi speciali contengono molte disposizioni che consentono dei meccanismi di riequilibrio contrattuale, proprio per evitare che un imprenditore che già assume il rischio

economico d'impresa, finisca per assumere altri rischi, oltre un certo limite, al punto di mettere in gioco la sua stessa esistenza.

Del resto, i comportamenti cooperativi fra le parti di un contratto come quello del pacchetto turistico sono chiaramente visibili nella Direttiva Pacchetti e nel D. Lgs. 62/2018 (e deducibili dallo stesso art. 42 del Codice del Turismo), e proprio per questo motivo non si riesce a comprendere la *ratio* di una loro totale esclusione dall'art. 12 della Direttiva Pacchetti che ha "determinato" l'art. 41 comma 4 del Codice del Turismo.

Nel nostro ordinamento giuridico il dovere di cooperazione del creditore di una prestazione è disciplinato dalla normativa relativa alla mora del creditore e dal principio generale dell'art. 1175 cod. civ. relativo al cd. "comportamento secondo correttezza" che ha portato parte della dottrina (Marini e Oppo, citati in Costanza, L'appalto privato, op. cit. pag. 272) ad individuare un principio di buona fede in executivis finalizzato alla conservazione del programma contrattuale e ad un'equa ripartizione del rischio.

Durante il lockdown i contraenti di un pacchetto avrebbero avuto serie difficoltà a rinegoziare un contratto risoltosi per il *factum principis* e lo strumento del voucher è stato un lungimirante ed un efficace espediente giuridico per contemperare molteplici interessi: a) l'interesse del Viaggiatore alle prese con la scelta di recedere dal contratto in un coacervo di norme in continua evoluzione con i vari DPCM e con le normative di centinaia di Stati stranieri che cambiano i provvedimenti relativi all'ingresso nei loro Paesi, non solo in funzione della curva di contagio, ma anche talvolta in funzione della propria capacità ad affrontare la pandemia; b) l'interesse dell'Agente di Viaggio intermediario che spesso non poteva processare i recessi per la chiusura delle attività imposta dai DPCM; c) l'interesse dell'Organizzatore che, senza incassi durante il periodo del lockdown e per periodi futuri, ha potuto utilizzare gli acconti precedentemente ricevuti per garantire la propria sopravvivenza e non certo per incrementare gli utili.

## 5. CONCLUSIONI

In questo particolare momento storico il voucher è apparso, fin dal primo momento, ad occhi poco analitici, come una misura economica per salvare il comparto Turismo, piuttosto che come un istituto giuridico (anche per la sua mancanza di precedenti istituzionalizzati nel sistema) e come tale è stato recepito dai Consumatori e da alcune loro Associazioni.

Da quando, a partire dal 2 marzo 2020, la prima norma sul voucher è entrata in vigore (con il Decreto-legge n. 9) nel nostro ordinamento giuridico si è innescata la moda dell'invettiva su tale strumento. Molte associazioni dei consumatori hanno coinvolto la Commissione UE e l'AGCM che sono intervenute, rispettivamente, con la Raccomandazione del 13 maggio 2020 e del 28 maggio 2020, lanciando le loro *fatwa* contro i voucher.

Adesso, al di là delle valide motivazioni economiche che hanno portato alla scelta del voucher (salvare dal collasso un comparto strategico dell'Economia nazionale, colpito in maniera tragica dagli effetti di lockdown e di distanziamento sociale, ontologicamente incompatibili con la circolazione di persone e servizi, tipica del Turismo), pochi si sono interrogati sulla valenza giuridica di tale istituto.

Come sopra precisato è ormai ben noto che il voucher sia un titolo improprio ai sensi dell'art. 2002 cod. civ. che consente ad un imprenditore, senza soldi in cassa o con scarse prospettive di



incassarne a sufficienza per il futuro prossimo, una forma alternativa di rimborso del prezzo con uno strumento che consente al Consumatore di riacquistare una prestazione - per la quale aveva già chiaramente espresso il proprio interesse - divenuta impossibile per la forza maggiore in un lungo lasso di tempo futuro. **In pratica, uno spostamento nel tempo dell'interesse del Consumatore a conseguire la sua finalità turistica in ragione di un riequilibrio contrattuale in chiave solidaristica.**

La quasi totalità delle policy dei Tour Operator ha, fin dal primo momento, offerto un voucher migliore rispetto a quello legale, prevedendone una durata più lunga dei dodici mesi disposti dagli art. 28 del Decreto-legge n. 9/2020, dell'art. 88 del Decreto-legge n. 18/2020 e della Legge n. 27/2020, prevedendone altresì la trasferibilità, la frazionabilità, la cumulatività, la riscattabilità in caso di mancato utilizzo e addirittura un maggior valore economico rispetto all'acconto ricevuto.

L'Organizzatore "congela" l'acconto ricevuto in funzione di una prestazione futura ed il Viaggiatore che con la stipula del pacchetto aveva esplicitato il proprio interesse ad ottenere il conseguimento di una prestazione turistica, si garantisce la conferma e la tutela di questo interesse con un suo slittamento in un futuro nel quale - si spera - le prestazioni turistiche potranno essere erogate e fruite con maggiore certezza e sicurezza.

In questo modo **il voucher consente un riequilibrio del sinallagma alterato da un evento esterno al contratto (la forza maggiore) non dipendente dalla volontà delle parti ma, che, tuttavia, non può produrre effetti negativi soltanto per una delle due parti contrattuali.**

Infatti, se il Turista ha un interesse a ricevere una prestazione (la cd. finalità turistica), l'interesse lo ha anche il Tour Operator a poter esercitare la propria attività imprenditoriale senza essere sottoposto al fardello derivante dal nefasto monopolio di sopportare il rischio Covid-19.

**Se esiste un rischio di impresa da prendere in considerazione è anche vero che questo rischio deve coprire quanto possa essere imprenditorialmente prevedibile e non una pandemia che non poteva essere prevista neppure da Consumatori, Governi, Commissioni UE ed Antitrust.**

Inoltre, è opportuno rammentare che esiste anche un "rischio del creditore" (in questo caso il Consumatore): chi ha chiesto al Tour Operator di organizzare un pacchetto, lo ha indotto a predisporre, con largo anticipo rispetto all'esecuzione della prestazione, i mezzi necessari per l'adempimento ed a fare affidamento sul corrispettivo pattuito o almeno sull'acconto. La negazione di tale diritto equivarrebbe ad allocare gli effetti di un danno (negazione non tanto del lucro, ma dei costi vivi di organizzazione sostenuti per garantire un adempimento futuro) nell'esclusiva sfera patrimoniale di un imprenditore; un danno, oggi non ammortizzabile e che farebbe restare il Consumatore ancora come "contraente debole", ma trasformerebbe l'imprenditore in "contraente fallito".

**L'equilibrio del contratto è un cardine del nostro sistema giuridico così come il principio di solidarietà sociale affermato dall'art. 2 della Costituzione è l'*humus* nel quale dal 1948 ad oggi vengono coltivati i diritti e le loro tutele.** Tali principi fondamentali non possono essere sacrificati sull'altare di enti sovra-nazionali che stanno, purtroppo, dimostrando non solo di non conoscere l'Economia di un Paese, ma neppure la sua Storia. E' molto sorprendente che la Commissione UE si occupi solo del Consumatore con una visione a dir poco incompleta nella quale l'Imprenditore - attualmente debole come il suo naturale e storico partner contrattuale - è messo in un angolo, sul presupposto apodittico ed oggi indimostrabile di essere il "contraente forte". Al centro del sistema non c'è solo il Consumatore che spende e pertanto muove l'Economia, ma c'è

anche l'Imprenditore che offre beni e servizi, crea ricavi (e tantissimi posti di lavoro) e distribuisce redditi a molti Consumatori. Al centro del sistema, ci sono sia il Consumatore sia l'Imprenditore e l'approccio manicheo di Bruxelles li sta mettendo in contrapposizione, mentre dovrebbe sostenerli con un intervento convergente finalizzato ad un equilibrio, quello che proprio il voucher sta provando a fare sotto il profilo contrattuale.

E' auspicabile, pertanto, che il Governo italiano, non per puro nazionalismo, ma per difendere i propri principi giuridici fondamentali, evidentemente coincidenti con quelli altri paesi colpiti dalla procedura d'infrazione, non si faccia intimorire dalla lettera di costituzione in mora del 2 luglio 2020 con la quale la Commissione UE ha ufficialmente intrapreso una procedura d'infrazione contro l'Italia per la presunta incompatibilità fra il voucher e l'art. 12 della Direttiva Pacchetti n. 2015/2302..

E' necessario che venga criticata la "mora" e venga rispedita al mittente spiegando con validi argomenti giuridiche e non solo economiche, che il Consumatore non è un'etichetta da brandire, ma, insieme all'imprenditore, uno dei due partners entrambi necessari di un rapporto contrattuale; che non è giusto scaricare gli effetti del Covid-19 soltanto su un imprenditore; che i contratti si risolvono o per mutuo consenso delle parti o con l'intervento di un giudice e non con una mail copia-incolla predisposta da associazioni di consumatori; che Bruxelles non ha il monopolio del Giusto Diritto e che dovrebbe conoscere più a fondo le realtà che prova a coordinare provando ad approfondirle e non a bacchettarle. Continuando così, la Commissione UE farà la fine dei sofisti che Aristofane nella sua Commedia "Le Nubi" collocò in una cesta sospesa in aria, per scrutare più da vicino le cose celesti, finendo per disinteressarsi delle più concrete cose terrestri.

**Napoli, 7 luglio 2020**

**Avv. Carmine Criscione**