

Nuove frontiere della tutela del turista-consumatore nello spazio giuridico europeo e antiche diatribe domestiche: riflettendo sul c.d. “danno da vacanza rovinata”*

di Giancarlo A. Ferro **
(27 giugno 2014)

SOMMARIO: 1. Crisi economica e rafforzamento delle tutele del consumatore come strategia di crescita nelle politiche economiche dell'Unione europea. - 2. La tutela del turista consumatore nell'Unione europea: brevi cenni sul quadro normativo di riferimento. - 3. La tutela comunitaria del turista acquirente di viaggi all inclusive: la direttiva 314/90 con particolare riguardo agli interventi della Corte di giustizia sul requisito della solvibilità dell'organizzatore. - 4. La direttiva n. 314 del 1990 ed il c.d. “danno da vacanza rovinata” nella giurisprudenza comunitaria: il caso Leitner - 5. Il risarcimento dei danni non patrimoniali ed il danno da vacanza rovinata nell'ordinamento nazionale: storia di un tormento(-ne) tutto italiano. - 6. Basta poco per piangere? Una chiosa finale sull'individuazione di un diritto costituzionale alla vacanza serena nella giurisprudenza comune prima dell'adozione del Codice del turismo.

1. Crisi economica e rafforzamento delle tutele del consumatore come strategia di crescita nelle politiche economiche dell'Unione europea

Negli interventi che mi hanno preceduto è stato più volte fatto richiamo al “nuovo volto” dei diritti sociali nello spazio giuridico europeo. In particolare, si è fatto riferimento a modelli di *Welfare* strutturalmente lontani dall'impianto originario (e teorico) dello Stato sociale.

Del resto, come è stato evidenziato nelle relazioni del Prof. Castorina e della Prof.ssa Alaimo, la crisi economica globale e, quindi, la progressiva erosione delle risorse pubbliche disponibili non solo hanno determinato una riduzione dei livelli di prestazione ma hanno, altresì, imposto una rieducazione delle tradizionali dottrine sulla natura dei diritti sociali e sugli strumenti di garanzia di questi¹.

La crisi economica ha ancor più dimostrato – soprattutto a livello europeo – la forte interdipendenza delle economie, l'integrazione tra i mercati, la difficoltà dei singoli Stati di porre in essere strumenti di risanamento in totale autonomia e senza coordinamento con le politiche di risanamento imposte dall'Unione, tal che le scelte “domestiche” in materia economica finiscono spesso per rappresentare la proiezione immediata della *governance* economica europea².

* Scritto sottoposto a *referee*. Testo dell'intervento al Seminario dal titolo “*Diritti sociali e nuove istanze di tutela per il cittadino consumatore*”, tenutosi a Catania il 21 marzo 2014, nell'ambito delle attività del progetto europeo - Azione Jean Monnet - “*New strategies for democratic development and political integration in Europe*”, (responsabile scientifico Prof.ssa Adriana Ciancio).

1 Per maggiori raggugli cfr., a mero titolo esemplificativo, A. MORRONE, *Teologia economica vs. teologia politica?*, *Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2012, 829 ss.; Id., *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, ivi, n. 1, 2014, 79 ss.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali. Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, 4, 2013, *passim*.

2 Sul punto, la letteratura è assai copiosa. Basti qui il richiamo al recente volume monografico di E. RAFFIOTTA, *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bologna, 2013, *passim* ma ivi in particolare 53 ss. Interessanti spunti di riflessione possono trarsi, inoltre, da A. CIANCIO, *Quali prospettive per l'integrazione politica in Europa dopo le elezioni?*, in *Federalismi.it*, n. 11, 2014, *passim*, ma ivi, in particolare, 2 s., nonché T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, n.1, 2014, 51 ss.

Per riprendere le parole contenute nella c.d. *Strategia Europa 2020*, se è pur vero che la contrazione delle risorse disponibili impone drastiche misure di contenimento della spesa pubblica, è tuttavia necessario coniugare il tutto con obiettivi di crescita «intelligente, inclusiva e sostenibile».

Al di là di ogni considerazione sull'altisonanza (ma, al contempo, astrattezza) degli attributi utilizzati, tra le misure ritenute idonee al raggiungimento dello scopo, vi è quella di stimolare la domanda dei consumatori, in quanto «politiche dei consumatori di dimensione europea ben concepite e attuate possono, tenendo conto delle loro esigenze, mettere i consumatori in grado di compiere scelte informate che *favoriscono la concorrenza* e di contribuire al raggiungimento dell'obiettivo di una crescita sostenibile e basata su un uso efficiente delle risorse. Dare maggior forza ai consumatori significa predisporre un solido quadro di principi e di strumenti che permetta loro di contribuire allo sviluppo di un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva»³

Nell'ottica dell'Unione, pertanto, le politiche comunitarie devono mirare al potenziamento delle tutele nei confronti del consumatore, rendendo quest'ultimo soggetto attivo nel mercato. In particolare, la c.d. *educazione del consumatore* – concetto sul cui contenuto non posso nascondere qualche perplessità - ed il riconoscimento di precisi diritti in capo ad esso sono pur sempre collocati nel quadro di un'implementazione delle logiche concorrenziali proprie del mercato unico europeo.

Tra concorrenza e tutela del consumatore, dunque, insiste un rapporto bidirezionale. Per un verso, un mercato concorrenziale rafforza il consumatore in quanto pone quest'ultimo nella condizione di poter scegliere "l'offerta migliore". Per altro verso, invece, accrescere la consapevolezza, l'educazione e le tutele del consumatore rappresenta un motore per la concorrenza, in quanto il consumatore entra, per dir così, con fiducia sul mercato.

2. La tutela del turista consumatore nell'Unione europea: brevi cenni sul quadro normativo di riferimento

Nell'ambito delle politiche volte alla tutela del consumatore, particolare attenzione è stata rivolta dall'Unione alla tutela del turista consumatore – oggetto del presente intervento - in considerazione dell'importanza del mercato del turismo per lo sviluppo economico comunitario.

La centralità della materia "turismo" è, peraltro, dimostrata dalla riforma dei Trattati istitutivi introdotta con il Trattato di Lisbona entrato in vigore nel 2009.

Invero, l'art. 195, Titolo XXII, TFUE, rubricato "*Turismo*" attribuisce all'Unione una competenza, complementare in materia di Turismo. L'Unione è, dunque, competente in termini di coordinamento rispetto a politiche che rimangono nella sfera decisionale degli Stati membri e porrà in essere azioni volte a completare l'attività degli Stati membri nella materia del turismo, per il perseguimento delle finalità indicate nel citato art. 195.

Tra tali finalità vi è, in primo luogo, quella di creare un ambiente favorevole allo sviluppo dell'economia del settore, incoraggiando la competitività delle imprese turistiche europee.

Garantire la concorrenza nel settore turistico – come in altri ambiti del mercato – significa al contempo garantire elevati *standard* di qualità del servizio turistico e, soprattutto per quel che qui interessa, un elevato livello di protezione del turista-consumatore, in

³ In questi termini, Comunicazione della Commissione europea su *Un'agenda europea dei consumatori – Stimolare la fiducia e la crescita* (2012).

conformità ai principi del Trattato (art. 12 TFUE) e della Carta dei diritti fondamentali (art. 38).

La tutela del turista-consumatore è affidata a numerosi atti di diritto comunitario derivato, volti a censurare in particolare pratiche commerciali scorrette, pubblicità ingannevoli e/o aggressive, fattispecie queste che, alterando la concorrenza, finiscono per ledere i diritti dei consumatori.

Tra gli interventi di maggior rilievo possono qui ricordarsi la direttiva n. 82/470/CEE (relativa alle misure destinate a favorire l'esercizio effettivo della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi per le attività non salariate di taluni ausiliari dei trasporti e dei titolari di agenzie di viaggio), la direttiva n.84/641/CEE (in materia di assistenza turistica), la direttiva n. 73/239/CEE (che disciplina la libertà di stabilimento degli organizzatori di viaggi tutto compreso) ed il regolamento CE 261/2004, che prevede misure di tutela nei confronti dei consumatori/viaggiatori in caso di ritardo prolungato o cancellazione del volo aereo⁴.

3. La tutela comunitaria del turista acquirente di viaggi all inclusive: la direttiva 314/90 con particolare riguardo agli interventi della Corte di giustizia sul requisito della solvibilità dell'organizzatore

L'esigenza di tutelare il turista ed i suoi diritti in quanto consumatore si è viepiù accresciuta anche in considerazione dei recenti sviluppi nel mercato dei viaggi, dovuti soprattutto all'espansione delle modalità di acquisto *on line* di interi pacchetti turistici o di singoli servizi turistici.

In tali ipotesi, infatti, è più forte il rischio di un possibile conflitto tra i diritti del turista e gli interessi commerciali dell'impresa: il turista-consumatore acquista spesso il prodotto solo sulla base delle informazioni contenute nei *depliant* predisposti dall'operatore e non può verificare la veridicità e la qualità dei servizi acquistati se non dopo essere partito per il viaggio. Questa situazione pone il turista in una condizione di sostanziale debolezza rispetto alla controparte professionale.

Ai fini che qui interessano, ruolo di assoluta preminenza nell'ambito della materia che ci occupa è da attribuire alla direttiva – peraltro attualmente sottoposta a procedura di aggiornamento⁵ – n. 314 del 1990, c. d. "direttiva viaggi tutto compreso", recepita nel nostro ordinamento dapprima con il d. lgs. 111 del 1995, poi trasfuso nel Codice del consumo e da ultimo inserito – per quel che attiene la disciplina dei contratti di viaggio – nel Codice del turismo (d. lgs. 79 del 2011)⁶.

4 Oggetto di numerosi interventi della Corte di giustizia, che hanno allargato, in via interpretativa, la sfera di tutela riconosciuta al consumatore di servizi turistici, su cfr., almeno, [Corte di giustizia \(Grande Sezione\) sent. 26 febbraio 2013](#), causa C-11/11 nonché [Corte di giustizia \(Terza Sezione\) sent. 22 novembre 2012 causa C139/11](#).

5 Vedi, sul punto, la proposta di revisione formulata dalla Commissione europea il 9 luglio 2013, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/com_2013_512_en.pdf, nella quale si invita a tener conto, in sede di riforma, della crescente tendenza ad acquistare i cosiddetti "pacchetti dinamici" *online* anziché i tradizionali di pacchetti prestabiliti. Come pacchetto dinamico è da intendersi un prodotto che consiste in almeno due diversi servizi (trasporto, alloggio e/o altri servizi turistici) per un solo viaggio, offerti o venduti in combinazione contemporaneamente dallo stesso fornitore o da fornitori economicamente collegati, e di cui l'acquirente può combinare e adattare il contenuto secondo le sue preferenze.

Attraverso tale disciplina, il legislatore comunitario ha cercato di contemperare, da una parte le pretese di tutela dell'utente turista e, dall'altra, le esigenze di esercizio dell'attività di impresa turistica in condizioni di economicità e concorrenzialità.

Nella direttiva 314/1990 sono presenti numerose disposizioni a tutela del turista consumatore, tra le quali spiccano quelle che riconoscono in capo al professionista *tour operator* venditore del pacchetto turistico precisi obblighi di informazione nei confronti dell'acquirente e specifici doveri di assistenza.

Per la centralità assunta in numerose pronunce della Corte di giustizia, merita menzione l'art. 7 della direttiva che prescrive l'obbligo per l'organizzatore o il venditore di garantire anche in caso di fallimento o insolvenza, il rimborso dei fondi depositati come acconto o importo totale o il rimpatrio del consumatore. Di recente il giudice di Lussemburgo⁷ ha chiarito che questa disposizione deve essere interpretata nel senso che rientra nel suo campo di applicazione una situazione nella quale l'insolvenza dell'organizzatore del viaggio è dovuta alla condotta fraudolenta del medesimo.

Tra le pronunce che hanno direttamente investito l'art 7 della direttiva sui viaggi tutto compreso occorre ricordare la sentenza *Dillenkofer*⁸, con la quale, nel precisare che la direttiva in parola implica la completa tutela dei consumatori-turisti anche contro i rischi di insolvenza e fallimento dell'operatore, assai frequenti nel settore dei viaggi tutto compreso, è stato condannato lo Stato tedesco, che non aveva ancora reso tali norme valide nel proprio ordinamento giuridico.

Stesse conclusioni, stavolta ai danni dello Stato Austriaco, nel caso *Rechberger*⁹ del 1999. Di particolare rilievo è, inoltre, la sentenza *AFS c. Finlandia*¹⁰, ove la Corte di Giustizia ha forse fatto un passo indietro nella tutela del consumatore turista.

Infatti, la AFS è un'associazione finlandese senza scopo di lucro che opera nel campo degli scambi scolastici su scala internazionale. In Finlandia la direttiva è stata adottata con due leggi che stabiliscono che gli organizzatori di viaggi devono essere iscritti in un registro e dare tutte le garanzie per far fronte al rischio di insolvenza stipulando un'assicurazione riconosciuta dall'Ufficio nazionale del consumo. Tale Ufficio aveva invitato l'AFS ad iscriversi nell'apposito registro. Secondo il diritto finlandese, infatti, l'associazione in questione doveva essere inclusa tra gli organizzatori di viaggi.

Al rifiuto dell'AFS seguì la sospensione dalle attività disposta dall'Ufficio nazionale del consumo. L'Associazione fece ricorso sostenendo che l'attività da essa svolta fosse da

6 In realtà, la prima risposta alle esigenze di tutela del turista nei confronti dell'operatore commerciale è contenuta nella Convenzione di Bruxelles sui contratti di viaggio (CCV) del 23 aprile 1970, ratificata in Italia con l. 27 dicembre 1977, n. 1084.

7 Corte di giustizia (Quinta sezione), sent. 16 febbraio 2012, C-134/11.

8 Corte di giustizia, sent. 8 ottobre 1996, C-178/94.

9 Corte di giustizia, sent. 15 giugno 1999, C-140/97.

10 Corte di giustizia (Quinta sezione), sent. 11 febbraio 1999, C-237/1997.

considerare “sociale” e, come tale, non sottoposta alla predetta disciplina sui viaggi *all inclusive*.

La Corte di Lussemburgo ha accolto la lettura offerta dalla difesa della ricorrente, escludendo pertanto l'estensione delle tutele previste dalla direttiva 314/90 agli scambi scolastici organizzati da associazioni *no profit*, poiché in tale ipotesi non sarebbero rilevabili gli elementi identificativi di un viaggio tutto compreso.

Non v'è dubbio, tuttavia, che la pronuncia della Corte - accogliendo una lettura formalista della disciplina comunitaria ed incentrando ogni ragionamento sui caratteri strutturali dell'organizzatore piuttosto che sui diritti dei fruitori del servizio turistico - ha finito per privare gli studenti-turisti-consumatori delle stringenti garanzie poste dalla direttiva contro l'inadempimento contrattuale dell'operatore commerciale.

4. La direttiva n. 314 del 1990 ed il c.d. “danno da vacanza rovinata” nella giurisprudenza comunitaria: il caso Leitner

Ma veniamo al *punctum crucis* della nostra riflessione.

La direttiva 90/314 (art. 5) prevede una particolare tutela risarcitoria a favore del turista-consumatore, per danni conseguenti ad inadempimento dell'organizzatore o del venditore. Non vi sono problemi nell'ammettere che il consumatore debba essere risarcito per la perdita della parte del pacchetto turistico non usufruita e per le spese aggiuntive sostenute.

Più problematica è, invece, da subito parsa la questione – alla luce del solo dettato della direttiva - se dovesse essere o meno risarcita anche l'impossibilità di utilizzare, parzialmente o *in toto*, il periodo di vacanza come momento di riposo e di divertimento, soprattutto in occasione di eventi unici ed irripetibili.

In altri termini, si discuteva – anche in ambito comunitario – sulla risarcibilità oltre che del danno materiale (c.d. corporale) dovuto all'inesatta esecuzione del contratto di viaggio *all inclusive*, anche del danno non patrimoniale (c.d. morale), derivante dalla delusione delle aspettative di poter godere pienamente della sospirata vacanza¹¹.

Con la nota sentenza *Leitner* la Corte di Giustizia ha risolto l'arcano¹².

La vicenda prendeva le mosse da una richiesta di risarcimento per danni morali, avanzata dai genitori di una giovane turista austriaca, che a seguito di un soggiorno presso un club turistico aveva accusato sintomi di un'intossicazione da salmonella.

L'adito giudice austriaco riconobbe, in primo grado, alla piccola Leitner solo il diritto ad un risarcimento per le sofferenze fisiche causate dall'intossicazione alimentare e respinse la domanda fondata sul risarcimento del danno morale per il mancato godimento della vacanza. Infatti, «anche se le sensazioni spiacevoli e le impressioni negative provocate dalla delusione sono da qualificare come danni morali in base al diritto austriaco, esse non possono formare oggetto di indennizzo, poiché nessuna legge austriaca prevede espressamente il risarcimento di un danno morale di tale natura».

11 Tema tutt'altro che nuovo nel contesto europeo. Ed infatti, mentre nell'ordinamento tedesco il danno da vacanza rovinata – configurato come danno patrimoniale - è stato codificato con la legge relativa al contratto di viaggio (*Reisvertragsgesetz* del 4 maggio 1970, su cui ampi approfondimenti in R. PARDOLESI, *Turismo organizzato e tutela del consumatore: la legge tedesca sul contratto di viaggio*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, 59 ss.), negli ordinamenti di *common law* (primo tra tutti quello inglese) i giudici rinoscevano, già dagli anni settanta del secolo scorso, il diritto al risarcimento del danno da *mental distress* causato dall'inadempimento di un contratto turistico.

12 Corte di giustizia (Sesta sezione), sent. 12 marzo 2002, C-168/00, in *Foro it.*, IV, 2002, 329 ss. con nota di Calmieri.

Il giudice d'appello, pur condividendo il punto di vista del giudice di primo grado per quanto riguardava il diritto austriaco, ritenne che l'applicazione dell'art. 5 della direttiva avrebbe potuto condurre ad una diversa soluzione. Tuttavia, considerò la formulazione dell'art. 5 della direttiva non sufficientemente precisa per consentire di trarne una conclusione certa per quanto riguarda il danno morale. Sollevò, pertanto, questione pregiudiziale d'interpretazione dinnanzi alla Corte lussemburghese.

La Corte di Giustizia Europea ha ricordato, preliminarmente, che l'art. 5, n. 2, primo comma, della direttiva 90/314 impone agli Stati membri di adottare «le misure necessarie affinché l'organizzatore di viaggi risarcisca i danni arrecati al consumatore dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione del contratto». Inoltre, nel secondo e terzo 'considerando' della direttiva risulta che essa ha per scopo, in particolare, l'eliminazione delle divergenze accertate tra le normative e le prassi nei diversi Stati membri in materia di viaggi "tutto compreso" e atte a generare distorsioni di concorrenza tra gli operatori dei diversi Stati membri.

Nel settore dei viaggi "tutto compreso" l'esistenza di un obbligo di risarcire i danni morali in taluni Stati membri e la sua mancanza in altri avrebbe avuto come conseguenza notevoli distorsioni di concorrenza, tenuto conto del fatto che in questo ambito si rilevano frequentemente danni morali.

Secondo la Corte, del resto, l'art. 5 della direttiva mira ad offrire una tutela ai consumatori e nell'ambito dei viaggi turistici, il risarcimento del danno per il mancato godimento della vacanza ha per gli stessi *un'importanza particolare*.

È alla luce di tali considerazioni, pertanto, che il giudice di Lussemburgo ha ritenuto di dover interpretare l'art. 5 della direttiva.

Infatti, se tale disposizione «si limita, nel suo n. 2, primo comma, a rinviare in modo generale alla nozione di danni, si deve rilevare che, prevedendo, al suo n. 2, quarto comma, la facoltà per gli Stati membri di ammettere che, per quanto riguarda i danni diversi da quelli corporali, l'indennizzo sia limitato in virtù del contratto, a condizione che tale limitazione non sia irragionevole, la direttiva riconosce implicitamente l'esistenza di un diritto al risarcimento dei danni diversi da quelli corporali, tra cui il danno morale».

Ne consegue che l'art. 5 della direttiva deve essere interpretato nel senso che il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio "tutto compreso".

Al di là degli esiti sicuramente rispondenti alle esigenze, progressivamente manifestatesi nella società, di una maggior tutela del turista consumatore nelle ipotesi di inadempimento dell'organizzatore, deve rilevarsi che il ragionamento dei giudici di Strasburgo per giungere al riconoscimento del diritto al risarcimento del danno morale da vacanza rovinata è stato condotto lungo il crinale delle logiche pro-concorrenziali, con ciò confermando la tradizionale tendenza della Corte comunitaria verso letture *economicamente orientate* dei diritti¹³.

Condivisibile è, pertanto, l'opinione critica espressa da uno dei primi commentatori della pronuncia che, nel metterne in rilievo il carattere "ellittico", censurava la configurazione

13 Si vedano, sul punto, le stringenti riflessioni di A. CIANCIO, *A margine dell'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo tra luci ed ombre*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2012, *passim*. Ulteriori approfondimenti, sotto diversi angoli visuali, in, D. BUTTURINI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, 2009, soprattutto 211 ss.; E. CASTORINA, *Due profili del cammino per la Costituzione europea: tutela dei diritti e separazione dei poteri nel Trattato di Lisbona*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino 2010, 563 ss.; G. CHIARA, *La tutela della concorrenza sul piano costituzionale e comunitario*, in E. Castorina (a cura di), *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Torino 2007, 335 ss.

delle norme poste a garanzia dei consumatori siccome dipendenti dal profilo concorrenziale e non, come sarebbe stato auspicabile, dotate di autonoma garanzia¹⁴.

5. *Il risarcimento dei danni non patrimoniali ed il danno da vacanza rovinata nell'ordinamento nazionale: storia di un tormento(-ne) tutto italiano*

Spostando la focale di osservazione dall'ordinamento comunitario a quello italiano, il *punctum crucis* si trasforma in vero e proprio *punctum dolens*.

Ed infatti, pur essendo ben presto divenuto un cavallo di battaglia delle (e talvolta abusato dalle) associazioni dei consumatori, sostenute da "sovrabbondanti" pronunce dei giudici di pace, il danno da vacanza rovinata è stato oggetto di un intenso dibattito, in parte modellato sulle evoluzioni giurisprudenziali domestiche in tema di risarcimento del danno extrapatrimoniale.

Ed infatti, sebbene alcuni lo abbiano ricondotto nell'alveo dell'art. 2043 c.c. qualificandolo come *danno patrimoniale contrattuale*¹⁵ ed altri come autonoma voce di danno, risarcibile a prescindere dalla sua natura patrimoniale o meno¹⁶, la *querelle* sulla natura del danno da vacanza rovinata si è per lo più incentrata attorno l'interpretazione dell'art. 2059 c.c., a norma del quale il danno extrapatrimoniale è risarcibile *nei soli casi determinati dalla legge*.

In alcuni arresti giurisprudenziali, è stato negato che tale danno potesse considerarsi un danno di natura extrapatrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c.. Infatti, non costituendo il danno da vacanza rovinata, di per sé, la conseguenza di un reato penale, non avrebbe potuto esserne riconosciuta la risarcibilità¹⁷. Tale approccio ermeneutico rifletteva, del resto, l'orientamento giurisprudenziale che individuava i limiti di operatività della disposizione codicistica alle sole ipotesi di danno conseguente ad illecito derivante da reato (c.d. danno morale soggettivo), dovendosi ricercare la *ratio* dell'art. 2059 c.c. nel suo originario collegamento con l'art. 185 c.p..

In seguito, sotto la spinta della dottrina più sensibile alla rinnovata architettura costituzionale, fondata sul valore personalista, si giunse ad una svolta con la famosa sentenza della Corte Costituzionale n.184 del 1986 (c.d. sentenza *Dell'Andro*).

Come noto, in detta pronuncia, il giudice delle leggi delineò una tripartizione del sistema risarcitorio. In particolare, specificando che il disposto dell'art.2059 c.c. dovesse essere limitato esclusivamente al *danno morale subiettivo* - inteso come *transeunte turbamento* dell'animo derivante dall'illecito - individuò accanto alla figura del danno patrimoniale, il *tertium genus* del *danno biologico* risarcibile ai sensi dell'art.2043 c.c., in combinato disposto con l'art. 32 Cost.

14Il riferimento è a M. FRAGOLA, *Tutela del turista e danno risarcibile: la Corte di giustizia riconosce la risarcibilità del danno esistenziale "da vacanza rovinata" alla luce dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 646.

15 Cfr. M. RIGUZZI, *Il danno da vacanza rovinata*, in *Dir. turismo*, 2003, 8 ss.

16 Così, Trib. Milano, 7 febbraio 2002, in *Danno e resp.*, 2003, 553.

17 Cfr. Trib. Venezia, sent. n. 2169 del 2000 ove si è ritenuto «di non poter accogliere la domanda di risarcimento dei danni non patrimoniali c.d. da vacanza rovinata atteso che la limitazione della risarcibilità alle sole conseguenze penali degli illeciti aquiliani (art. 2059 c.c.) non appare, allo stato della legislazione, superabile».

Tale orientamento ha segnato per lungo tempo il passo della giurisprudenza in materia di risarcimento del danno non patrimoniale, fino a quando con le sentenze nn. 8827 e 8828 del 2003 la Corte di cassazione ha ridefinito, *in parte qua*, il sistema della responsabilità civile.

Secondo la Suprema Corte di legittimità, infatti, avrebbe dovuto ricondursi nell'alveo dell'art.2059 c.c. ogni fattispecie di danno non patrimoniale, «comprendente ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona» e non più soltanto il danno morale soggettivo conseguente ad illecito penale. Il requisito della previsione legislativa di cui all'art.2059 c.c. sarebbe stato, peraltro, pienamente soddisfatto dalle norme costituzionali, in quanto esse, nel momento in cui attribuiscono rilievo ad un bene giuridico, non possono non assicurare implicitamente allo stesso la tutela minima costituita dal risarcimento del danno.

Tale sistema bipolare del risarcimento dei danni (patrimoniali ed extrapatrimoniali) fu consacrato definitivamente dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 233 del 2003 nella quale si specificò che un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., porta a ritenervi ricompreso ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona.

Secondo il giudice delle leggi, dunque, dovevano essere ricompresi entro i confini dell'art. 2059 c.c. il danno morale soggettivo, inteso come «transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima», il danno biologico «inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.)» e «il danno spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come *esistenziale*» che «deriva dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona»¹⁸.

Lungo questo crinale, che di fatto assegna al giudice comune il compito «di selezionare i diritti di rango costituzionale dall'insieme degli interessi individuali di varia natura emergenti dalla società»¹⁹, si colloca l'oscillazione della giurisprudenza in materia di ascrivibilità del danno da vacanza rovinata entro le figure di danno extrapatrimoniale individuate dal giudice delle leggi e dalla Corte di Cassazione.

Si segnala, in primo luogo, un isolato arresto giurisprudenziale, secondo cui il danno da vacanza rovinata avrebbe dovuto configurarsi come un *danno biologico* «che attiene al pregiudizio subito dalla salute, intesa in senso lato, dell'individuo, avuto riguardo alla proiezione negativa sul suo futuro esistenziale delle conseguenze dell'evento dannoso, sotto l'aspetto delle limitazioni al libero sviluppo della personalità a causa della lesione subita nella propria integrità biopsichica, con i conseguenziali risvolti deteriori anche nella vita di relazione»²⁰.

Secondo altra prospettiva, il danno da vacanza rovina deve essere ascritto nel più ampio *genus* del *danno esistenziale*, in quanto lesivo del bene-vacanza, inteso quale peculiare momento di realizzazione della persona umana, tutelato, quindi, dall'art. 2 Cost..

18 Sul punto, cfr. E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 272 ss., nonché A. CARIOLA, *Schema a tesi per uno studio sulla responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale: le posizioni formali assunte dalla corte e le esigenze di risarcimento integrale delle situazioni giuridiche lese*, in A.Cariola – A.Corsaro – G.D'Allura – F.Florio, *I danni: verso quali prospettive?*, Torino, 2008, 123 ss..

19 E. LAMARQUE, *op. ult. cit.*, 277 s.

20 G.d.P. Siracusa, 26 marzo 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1205.

Pertanto, la sussistenza di un interesse di rango costituzionale inerente alla persona, violato dalla condotta dell'organizzatore del viaggio, renderebbe per ciò solo operante la tutela ex art. 2059 c.c. e la condizione della tipizzazione *ex lege* dell'illecito sarebbe pienamente realizzata dalla copertura offerta dall'art. 2 Cost. al bene-vacanza²¹.

Senz'altro maggioritario è da considerare l'orientamento che colloca il danno da vacanza rovinata nella categoria del *danno contrattuale extrapatrimoniale di natura morale*. Secondo tale lettura, infatti, si tratterebbe di un danno consistente «nel pregiudizio rappresentato dal disagio e dalla afflizione subiti dal turista viaggiatore per non aver potuto godere pienamente della vacanza come occasione di svago e di riposo conforme alle proprie aspettative, vedendo così definitivamente compromesse la possibilità di realizzare un progetto teso al miglioramento delle potenzialità psico-fisiche, attraverso l'allentamento delle tensioni nervose connaturate all'intensità della vita moderna e al miglioramento delle complessive condizioni di vita per la conseguita capacità di reinserirsi nell'abituale contesto sociale, familiare, e lavorativo ed affrontare così gli aspetti negativi in maniera meno drammatica e più distesa»²².

In quest'ottica la risarcibilità – prima dell'adozione del Codice del consumo di cui più oltre si dirà – avrebbe trovato fondamento nell'art. 2059 c.c., ma non tanto in virtù della tutela costituzionale del bene-vacanza, quanto della previsione di tale risarcibilità da parte della specifica normativa (art. 13 CVV e, successivamente, art. 13 del d. lgs. 111 del 1995, poi trasfuso nell'art. 92 Cod. cons.), che prevede il risarcimento di *ogni ulteriore danno* patito dal consumatore e dipendente dalla mancata esecuzione del contratto.

L'inquadramento del danno da vacanza rovinata e l'individuazione dei limiti della sua risarcibilità devono oggi essere svolti alla luce - oltre che del Codice del turismo - del mutato orientamento giurisprudenziale in materia di danno extrapatrimoniale.

Con le ben note sentenze di San Martino del 2008²³ – che potremmo definire “dotte”, anche se non prive di alcune zone d'ombra – il giudice della nomofilachia ha ritenuto non ammissibile nel nostro ordinamento «*l'autonoma categoria di danno esistenziale*, inteso quale pregiudizio alle attività non remunerative della persona, atteso che: ove in essa si ricomprendano i pregiudizi scaturenti dalla lesione di interessi della persona di rango costituzionale, ovvero derivanti da fatti-reato, essi sono già risarcibili ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., interpretato in modo conforme a Costituzione, con la conseguenza che la liquidazione di una ulteriore posta di danno comporterebbe una duplicazione risarcitoria; ove nel danno esistenziale si intendesse includere pregiudizi non lesivi di diritti inviolabili della persona, tale categoria sarebbe del tutto illegittima, posto che simili pregiudizi sono

21 Discorre di «pregiudizio conseguente alla lesione dell'interesse del turista di godere pienamente del viaggio organizzato come occasione di piacere, di svago o di riposo, senza essere costretto a soffrire quel disagio psicofisico che talora si accompagna alla mancata realizzazione in tutto o in parte del programma previsto, avuto riguardo alla particolare importanza che normalmente si attribuisce alla fruizione di un periodo di vacanza adeguato alle proprie aspettative», F. MORANDI, *Il danno da vacanza rovinata*, in P. Cendon – P. Ziviz (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano 2000, 628.

In giurisprudenza, cfr., ex multis, G.d.P. Roma, 18 novembre 2002 e G.d.P. Napoli, 19 gennaio 2005.

22 Trib. Castellamare di Stabia 29 marzo 2005, in *Contratti*, 2005, 1008. Vedi in senso conforme, nella copiosa giurisprudenza, Trib. Roma, 6 ottobre 1989, in *Resp. civ. prev.*, 1992, 263, che costituisce il primo esempio di risarcimento del danno da vacanza rovinata, sub specie di danno morale, nonché Cass., 24.4.2008, n. 10651, in *Danno e resp.*, 2009, 661.

23 Cass. SS. UU., sent. 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975.

irrisarcibili, in virtù del divieto di cui all'art. 2059 cod. civ.».

Secondo la Corte, infatti, una rimeditazione del danno esistenziale si rendeva necessaria per porre un filtro alla discutibile tendenza all'allargamento pretorio dei confini dell'art. 2059 c.c. ad opera della giurisprudenza di merito (soprattutto, di prossimità), che riconosceva la sussistenza di tale tipologia di danno «in relazione alle più fantasiose, ed a volte risibili, prospettazioni di pregiudizi suscettivi di alterare il modo di esistere delle persone: la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l'errato taglio di capelli, l'attesa stressante in aeroporto, il disservizio di un ufficio pubblico, l'invio di contravvenzioni illegittime, la morte dell'animale di affezione, il maltrattamento di animali, il mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato dal blackout elettrico. In tal modo si risarcivano pregiudizi di dubbia serietà, a prescindere dall'individuazione dell'interesse leso, e quindi del requisito dell'ingiustizia».

Secondo il nuovo orientamento espresso dalle Sezioni Unite, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale può essere riconosciuta, oltre che nei casi determinati dalla legge, solo nel caso di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una «ingiustizia costituzionalmente qualificata».

Come è stato evidenziato, «nel rifiutare categoricamente la tesi esistenzialista e nel richiedere l'individuazione da parte del giudice della lesione di uno specifico interesse di rango costituzionale», «i giudici della nomofilachia fanno piazza pulita della lettura dell'art. 2 Cost. compiuta dai sostenitori di quella tesi, per i quali ogni attività realizzatrice della persona umana, contribuendo al pieno sviluppo della stessa, potrebbe essere facilmente collocata sotto l'ombrello della norma costituzionale. Esce così di scena quella larghissima interpretazione “per valori” dell'art. 2 Cost. che, richiamandosi al valore generale e generico della persona umana, lo portava ad operare, nella pratica applicativa delle aule giudiziarie, quasi come una norma in bianco e cioè, più che come formula aperta, come formula addirittura spalancata all'ingresso di nuovi e spesso improbabili diritti della persona»²⁴.

Prendendo le mosse da una concezione unitaria dell'illecito (patrimoniale ed extrapatrimoniale) il giudice della nomofilachia precisa che anche per il risarcimento del danno non patrimoniale deve verificarsi la sussistenza degli elementi strutturali dell'illecito aquiliano, ex art. 2043 c. c.: nesso eziologico tra evento (doloso o colposo) e danno; carattere “ingiusto” di quest'ultimo.

Ed è proprio sul versante della valutazione dell'ingiustizia del danno che viene definito il confine tra danno patrimoniale ed extrapatrimoniale.

Il primo è caratterizzato da atipicità e l'ingiustizia del danno postula la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante.

Il secondo, invece è caratterizzato da tipicità. La sua risarcibilità, pertanto, andrà limitata ai soli casi determinati dalla legge e a quelli in cui possa ravvisarsi una lesione di diritti inviolabili della persona costituzionalmente garantiti.

Deve, dunque, trattarsi di un'offesa di grave entità. Invero, «il diritto deve essere inciso oltre una soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza ed adattabilità. Pregiudizi futili dovranno essere accettati in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.)»²⁵.

Entro le coordinate di riferimento tracciate dalle predette pronunce delle Sezioni Unite, il danno da vacanza rovinata andrebbe inteso come danno extrapatrimoniale, di natura

24 E. LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *Danno e responsabilità*, 2009, 369.

morale, risarcibile solo nella misura in cui non si concretizzi in lesioni di scarso rilievo. Tale lettura sembra oggi suffragata dalla previsione dell'art. 47 del Codice del turismo, a tenore del quale «nel caso in cui l'inadempimento o inesatta esecuzione della prestazione che formano oggetto del pacchetto turistico non sia di scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c., il turista può chiedere, oltre ed indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso e all'irripetibilità dell'occasione perduta».

Se prima dell'intervento del legislatore, dunque, era la giurisprudenza a doversi far carico di precisare gli elementi caratterizzanti del danno da vacanza rovinata – con le oscillazioni che si sono sopra evidenziate - a norma della nuova disposizione, invece, per un verso si ricollega tale danno ad un *inadempimento contrattuale di non scarsa entità* e, per altro verso, si presuppone che il tempo di vacanza sia funzionale alla realizzazione di un *interesse non patrimoniale*.

Quanto al primo aspetto, il giudice sarà chiamato a valutare (anche alla luce del disposto dell'art. 43 Cod. tur.) la gravità dell'inadempimento (o dell'inesatta esecuzione del contratto), tenendo in debito conto anche gli effetti che da questo possono scaturire.

Quanto al secondo aspetto, invece, il danno da vacanza rovinata non potrà essere considerato risarcibile tutte le volte in cui il tempo di vacanza sia inutilmente trascorso, ma solo quando l'interesse ad esso sotteso risulti definitivamente compromesso.

Da qui, l'opportunità, a nostro avviso, di una stringente valutazione in sede giudiziale circa il carattere irripetibile o meno dell'occasione perduta, con esclusione del risarcimento dei danni di natura bagatellare, che fino ad oggi, invece, hanno goduto di una copertura pressochè indeterminata.

6. Basta poco per piangere? Una chiosa finale sull'individuazione di un diritto costituzionale alla vacanza serena nella giurisprudenza comune prima dell'adozione del Codice del turismo.

Non v'è dubbio che l'analisi della natura del danno da vacanza rovinata e sulla sua risarcibilità in sede civile meriterebbe ben altro approfondimento e richiederebbe, senz'altro, specifiche competenze in materia.

Tuttavia, ritengo che anche per chi studia diritto costituzionale non si tratti di un tema privo di suggestioni. Al di là, infatti, delle problematiche inerenti l'inquadramento sistematico dei cc.dd. diritti dei consumatori (già affrontati nella sua relazione dalla collega Elisabetta Lanza) ed al rapporto tra fonti nazionali e sovranazionali, credo sia di particolare interesse soffermarsi, seppur rapidamente, sulle tecniche argomentative ed interpretative utilizzate dai giudici nazionali per riconoscere tutela alla specifica figura di danno che ci occupa.

In particolare, occorre chiedersi attraverso quale percorso alcuni giudici siano giunti, prima della definitiva consacrazione codicistica di tale figura di danno ad opera del d.lgs. n. 79 del 2011, a ricollegare il bene-vacanza ai valori costituzionali e, quindi, in quale modo abbiano, per così dire, "utilizzato" la Costituzione, ricavandone talvolta un vero e proprio "*diritto alla vacanza serena*"²⁶.

Procediamo per gradi.

25 Seppur la finalità di fungere da deterrente, sottesa alla predetta pronuncia, debba considerarsi lodevole, gli effetti concreti potrebbero lasciar adito a qualche perplessità. Ed infatti, come è stato rilevato la stretta interpretazione del *dictum* della Corte porterebbe ad una ingiustificata disparità di trattamento tra danno di lieve entità extrapatrimoniale (non risarcibile) e danno bagatellare di carattere patrimoniale che, invece, darebbe luogo a risarcimento. Si vedano, sul punto, i rilievi di P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 60 s.

A prescindere dalla qualificazione del danno in questione, siccome morale, esistenziale o biologico, la giurisprudenza ne ha ricollegato, talvolta, la risarcibilità alla lesione di interessi costituzionalmente garantiti.

Le pronunce, sul punto, sono davvero numerose. Basterà qui richiamare soltanto pochi esempi utili ai fini del nostro discorso.

In alcuni arresti giurisprudenziali, ove il danno da vacanza rovinata è annoverato tra i danni esistenziali

«in quanto rinuncia forzosa allo svolgimento di attività non remunerative, fonte di compiacimento o benessere per i danneggiati, risultati non conformi alle proprie legittime aspettative, anzi irrimediabilmente compromessi stante l'irripetibile natura del loro viaggio»,

si rinviene il fondamento risarcitorio nell'art. 2059 c.c., che andrebbe inteso siccome riferito

«non tanto ai casi di non poter più fare, quanto a quelli in cui viene a determinarsi una peggiore qualità della vita, in violazione del diritto alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana costituzionalmente garantiti dall'art. 2 e 32 della Costituzione. Quest'ultima, infatti, garantisce le libertà fondamentali, i diritti della personalità

26 La questione, che meriterebbe altro approfondimento e che qui sarà solo lambita, si inserisce all'interno della più ampia e complessa *querelle* sul rapporto tra legislatore e giudici nella individuazione dei cc. dd. "nuovi diritti". Basti in questa sede osservare che l'allargamento pretorio delle maglie dell'art. 2059 c.c. deve essere letto nel quadro delle evoluzioni, normative e giurisprudenziali, in tema di responsabilità civile e, in particolare, delle funzioni a questa attribuite. Del resto, la tutela dei diritti fondamentali presuppone la responsabilità giuridica, in quanto sarebbe impensabile immaginare che la lesione di un diritto rimanga, nei fatti, sguarnita di protezione. In questo contesto, la responsabilità civile rappresenta l'insieme degli strumenti rimediali attraverso cui, a fronte della violazione di una situazione giuridica soggettiva riconosciuta dall'ordinamento siccome meritevole di tutela, l'autore della violazione è chiamato a risarcire la vittima della lesione. Ne consegue, che la storia dei diritti fondamentali segna, al contempo, quella della responsabilità civile: più si amplia la sfera dei diritti, più si assiste all'allargamento dei confini della responsabilità civile. Ciò ha posto, quasi per necessità, i giudici di fronte all'esigenza di orientare le interpretazioni (soprattutto) della responsabilità per il danno non patrimoniale al tessuto assiologico dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, anticipando per molti versi futuri interventi del legislatore. Quest'ultimo, così, si è spesso trovato a proiettare in testi normativi bilanciamenti già effettuati in sede giurisprudenziale. La politica si conforma in tal modo alla giurisdizione, si livella su di essa, in una sorta di moto circolare, nel quale l'una (la giurisdizione) anticipa spesso l'altra (la politica), finendo talvolta per sostituirla nell'opera di ridimensionamento del *gap* con le rinnovate istanze sociali.

Potrebbe discutersi – come del resto in dottrina si è fatto (a mero titolo d'esempio, cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur cost.*, 2006, 1644 ss.) – del ruolo assunto dal giudice e sui riflessi che ciò determina in punto di separazione di poteri. Ad ogni modo, non può non rilevarsi che, quale soggetto istituzionalmente preposto alla protezione dei diritti, il giudice (ciascun giudice) opera, per così dire, in frontiera, soprattutto laddove il legislatore rimane (inizialmente) in trincea. Da protettore diventa, anch'esso, creatore dei diritti. I risvolti di tale modello non sono trascurabili. Ed infatti, l'idea che il giudice possa, oltre che proteggere, anche "creare" diritti rischia di produrre una commistione tra sfera politica e sfera giudiziale. In altri termini, a fronte di una *giurisdizionalizzazione della politica* potrebbe far da *pendant* una *politicizzazione della giurisdizione*.

In tema di tutela dei consumatori ciò è particolarmente evidente, come acutamente messo in rilievo da R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in G. Cocco (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano 2010, 95 ss., che sottolinea, tra l'altro (ed in modo condivisibile) il ruolo assunto dalle associazioni dei consumatori nella emarginazione degli organi politici e nella parallela esaltazione del ruolo degli apparati giudiziari nella conformazione dei diritti individuali.

morale, i diritti di valenza sociale, diritti della famiglia, della dignità umana e del libero sviluppo della personalità.»²⁷.

Anche coloro che annoverano il danno da vacanza rovinata entro la categoria del danno morale hanno, molto spesso ricondotto la risarcibilità del danno *de quo* nell'alveo dell'art. 2059 c.c., in quanto danno non patrimoniale conseguente a lesione di interessi costituzionalmente garantiti.

Sul punto, si segnala in particolare una sentenza del Tribunale di Marsala.

Dopo aver specificato che

«il danno da vacanza rovinata lamentato dagli attori non può sussumersi nella detta ultima species (danno esistenziale), posto che, esso non concreta una permanente alterazione delle abitudini e degli interessi relazionali del soggetto leso»,

si aggiunge:

«il danno in esame, a ben vedere, in null'altro si concreta che in uno stress, un disagio ed una sofferenza transeunti per il presumibile stravolgimento delle aspettative, della "qualità" e della serenità della vacanza, aspettative, qualità e serenità che nel caso di specie devono presumersi particolarmente intense, posto che non di una vacanza qualsivoglia trattavasi, ma di una luna di miele, ovvero di un'esperienza emotiva di difficile comparazione con altri viaggi ed esperienze di vita».

Pertanto, il danno patito va considerato un vero e proprio danno morale, il quale può essere risarcito solo in ipotesi di reato e negli altri casi previsti dalla legge, tra i quali rientra l'ipotesi di violazione di interessi costituzionalmente garantiti. La copertura normativa primaria ex art. 2059 è, nella specie, rinvenuta

«nell'art. 2 della Costituzione, in quanto trattasi di danno arrecato in violazione del diritto costituzionalmente garantito ad esplicare la propria personalità anche in vacanza, intesa quale luogo privilegiato di ricreazione e rigenerazione della persona, oltre che di manifestazione delle sue attività realizzatrici, specie se connesse ad un'esperienza così emotivamente significativa nel percorso di vita di una persona come il viaggio di nozze»²⁸.

In altra pronuncia, il risarcimento è stato fondato sull'art. 2059 c.c., atteso il "sicuro" rilievo costituzionale degli interessi in concreto lesi. Infatti, il danno da vacanza rovinata deve essere considerato come danno non patrimoniale

27 G. d. P. di Fasano, sent. 29 maggio 2003. In senso conforme, cfr. almeno Tr. Reggio Emilia, sent. 22 febbraio 2005, n. 210, nella quale si specifica che «le ingiuste lesioni patite, alle quali sono conseguiti pregiudizi non suscettibili di valutazione economica, attengono ad interessi di rango costituzionale inerenti alla persona che nel caso in oggetto hanno riguardato l'aspettativa dell'attività di svago, di distensione e di divertimento, in cui consistono i viaggi-vacanza, che rientrano nella tutela costituzionale di cui agli artt. 2, 36 u.c., oltre che, per implicito, nell'art. 32 della Costituzione».

28 Trib. di Marsala, sent. 5 aprile 2007.

«consistente nel pregiudizio rappresentato dal disagio e dalla afflizione subiti dal turista/viaggiatore per non aver potuto godere pienamente della vacanza come occasione di svago e di riposo conforme alle proprie aspettative, vedendo così definitivamente compromessa la possibilità di realizzare un progetto teso al miglioramento delle potenzialità psico-fisiche, attraverso l'allentamento delle tensioni nervose connaturate all'intensità della vita moderna, ed al miglioramento delle complessive condizioni di vita per la conseguita capacità di reinserirsi nell'abituale contesto sociale, familiare e lavorativo ed affrontare così gli aspetti negativi in maniera meno drammatica e più distesa. In altri termini, si tratta di quel pregiudizio, di tipo psicologico, che colpisce il danneggiato ed è riconducibile ai disagi subiti, alla delusione per la mancata realizzazione delle aspettative, al mancato riposo, alla necessità di sollevare reclami e protesti: in generale, al fatto di non aver potuto godere della serenità che è lecito attendersi dalla vacanza»²⁹.

Mutuando il felice interrogativo di recente posto, ad altro proposito, in dottrina³⁰, occorre a questo punto chiedersi, quanto “valga”, o meglio, sia “valsa” la Costituzione nelle ricostruzioni giurisprudenziali sul diritto costituzionale ad una vacanza serena.

Potrebbe, *primo visu*, sostenersi che tale giurisprudenza abbia reso giusto servizio ai diritti e, conseguentemente, alla Costituzione, dando ristoro alle pretese del consumatore-turista.

Le cose, a mio avviso, non stanno proprio così.

La questione meriterebbe altro spazio e ben diverso approfondimento, non foss'altro per le evidenti implicazioni in ordine all'uso giudiziario della Costituzione - talora nelle forme della c.d. applicazione diretta, talaltra in quelle della c.d. interpretazione costituzionalmente orientata³¹ - e ai metodi dell'interpretazione dei diritti fondamentali.

Basti qui sottolineare che, almeno in astratto, l'applicazione diretta della Costituzione deve essere distinta dall'interpretazione costituzionalmente orientata.

29 Trib. di Napoli, XI sex., 26 aprile 2006.

30 A. RUGGERI, *L'integrazione europea attraverso i diritti e il “valore” della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 12, 2004, 1 s. Lo stesso Autore sottolinea la difficoltà di «“pesare” o “graduare”» (in questo senso s'intende il riferimento al “valore” della Costituzione) «la vis prescrittiva della legge fondamentale della Repubblica, la sua capacità di dare un orientamento (se non proprio un ordine) alle dinamiche sociali (in larga accezione), di rendersi insomma “effettiva”».

31 Nella vasta letteratura sul tema, cfr., almeno, R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge* in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli 2010, 201 ss.; G.P. DOLSO, *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, in G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, IV, Napoli, 2009, 1305 ss.; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in *Scritti in memoria di G.G. Floridia*, Napoli, 2009, 413 ss.; G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli 2012, *passim*; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo...anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Scritti in memoria di G.G. Floridia*, Napoli, 2009, 677 ss.; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, *passim*; A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione costituzionale*, in M. D'Amico – B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino 2009, 388 ss.; Id. *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto euorunitario*, in *Rivista AIC*, n. 00, 2010.

Nella prima ipotesi, o viene attribuita alla norma costituzionale una forza abrogatrice di legislazioni antecedenti, considerate *contra Constitutionem*; o si utilizzano le norme costituzionali – soprattutto quelle concernenti i diritti fondamentali – a prescindere dall'*interpositio legislatoris*, per risolvere controversie sorte tra privati (*Drittwirkung*); o, ancora, si applica direttamente la Costituzione per colmare lacune legislative.

Nei casi di interpretazione costituzionalmente orientata, invece, a fronte di una disposizione gerarchicamente subordinata alla Costituzione, la norma costituzionale diventa, per così dire, il criterio guida per selezionare una delle tante possibili interpretazioni.

Sebbene mossi dalla nobile finalità di garantire massima tutela al turista consumatore, gli arresti giurisprudenziali qui brevemente richiamati offrono, a mio sommo parere, un chiaro esempio di eccesso di zelo nell'interpretazione (e nell'utilizzazione) della Costituzione.

In particolare, desta qualche perplessità non tanto l'opera d'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.³² – segno, in linea generale, della sensibilità del giudice verso le rinnovate istanze di tutela provenienti dalla società – quanto, invece, la configurazione pretoria di un diritto costituzionalmente garantito alla serenità della vacanza, quale presupposto di operatività della disposizione codicistica in tema di risarcimento del danno non patrimoniale.

Come può evincersi dai brevi richiami giurisprudenziali, questo diritto è stato ricavato dal più generale principio personalista che informa l'intera Legge fondamentale e che trova massima consacrazione nell'art. 2 Cost³³.

Lungi dal voler ripercorrere il noto dibattito tra chi ritiene l'art. 2 Cost. una norma meramente riepilogativa dei diritti inviolabili previsti in Costituzione³⁴ e chi, invece, ne riconosce l'idoneità a fungere da valvola di ingresso a diritti non previsti nel dettato costituzionale³⁵, basti qui il semplice rilievo che aprire il catalogo dei diritti fondamentali non può, per ciò solo, tradursi nella creazione di una tavola di cera su cui incidere, di volta in volta, le più disparate *forme degli umani desideri*, quasi ad attribuire alla Costituzione un volto ludico-edonistico, che sembra francamente non possedere.

32 In tema, si veda l'interessante analisi compiuta da E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit., 275 ss.

33 Non manca, inoltre, qualche pronuncia nella quale il diritto al risarcimento da vacanza rovinata è letto in stretto collegamento con il diritto alle ferie, riconosciuto ex art. 36 Cost.. Così, Trib. Milano, 16 settembre 2005, n. 10090, in *Resp. civ.*, 2006, 400 ss. con nota adesiva di Migliavacca. In dottrina, a sostegno di questa opinione, cfr. F. MOLFESE, *Il contratto di viaggio e le agenzie turistiche*, Padova 2006, 659. Tuttavia, anche questa lettura non merita accoglimento ed è foriera di fraintendimenti. Non solo, infatti, si determina una sovrapposizione tra il concetto di "vacanza" ed il più pregnante significato costituzionalmente attribuito alle "ferie", ma si trascura di mettere in rilievo che queste ultime sono considerate *irrinunciabili* e garantite, appunto, al *lavoratore*. Che, peraltro, l'art. 36 Cost. vada preso, per dir così sul serio, e non banalizzato attraverso opere di generalizzazione, lo dimostrano le vicende giudiziarie della sua applicazione diretta, ampiamente documentate in S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 166 ss.

34 Cfr., anche se con prospettive tra di loro diverse, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 54 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, 18 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2002; P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 158 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Padova 2003, 55 ss.

La costruzione di un autonomo diritto “fondamentale” costituzionalmente garantito alla “vacanza imperturbata”, compreso all’interno dei mobili confini dell’art. 2 Cost., si presenta, piuttosto, come una *fictio* giuridica elaborata al solo fine di costruire una base di legittimazione per l’applicabilità dell’art. 2059 c.c., attraverso il superfluo ricorso alla norma costituzionale.

In altri termini, giusta l’orientamento pretorio circa l’operatività delle forme di tutela di cui all’art. 2059 c.c., nelle ipotesi di lesione di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, la giurisprudenza sul danno da vacanza rovinata ne è risultata così fortemente condizionata, da esser giunta alla configurazione di un diritto costituzionale, che francamente non sembra (e non sembrava) affatto godere di autonoma esistenza³⁶.

Se volesse discorrersi di un’applicazione diretta della Costituzione – ipotesi nella quale gli esempi qui dedotti possono farsi rientrare – occorrerebbe accertare, preliminarmente, (a) se vi fosse, nell’ordinamento, prima dell’entrata in vigore del codice del turismo (che, peraltro, non ha affatto riconosciuto l’esistenza di un “diritto alla vacanza”), una lacuna da colmare o (b) se vi fosse la necessità, a prescindere dalla interposizione legislativa, di risolvere la controversia insorta *inter privatos* attraverso il ricorso alla *Drittwirkung*.

Né l’una né l’altra delle predette condizioni di contesto (tra loro intimamente legate) sembravano, tuttavia, sussistere.

Il fondamento di ogni pretesa risarcitoria del consumatore-turista, infatti, poteva già rinvenirsi nell’art. 13 CVV e, successivamente, nell’art. 13 del d. lgs. 111 del 1995 (attuativo della più volta citata direttiva 314 del 1990 e, dunque, da interpretare in senso conforme agli esiti della sentenza *Leitner*) ove era previsto il risarcimento di *ogni ulteriore danno* patito dal consumatore e dipendente dalla mancata (o inesatta) esecuzione del contratto.

Del resto, parte della giurisprudenza, come si è già evidenziato, individuava proprio in queste disposizioni, il grimaldello per superare il richiamo “ai casi determinati dalla legge” contenuto nell’art. 2059 c.c.. Ed infatti, nel quadro del diritto comunitario e, soprattutto, della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, poteva senz’altro sostenersi l’esistenza di un diritto al risarcimento del danno morale, conseguente ad un inadempimento contrattuale dell’organizzatore³⁷.

Nessuna esigenza, dunque, di “scomodare” (e banalizzare) le norme costituzionali per risolvere le eventuali controversie insorte tra turista ed imprenditore, attesi i medesimi effetti pratici che, in termini di tutela, avrebbero potuto ottenersi attraverso il rispetto dei confini tracciati dal legislatore³⁸.

Inoltre, deve aggiungersi che le ricostruzioni del diritto alla serenità della vacanza sembrano scontare, per molti versi, il prezzo della parzialità.

35 Si tratta della nota tesi di A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna 1975, cui *adde*, almeno, pur se con diverse argomentazioni, F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino 1995; A. SPADARO, *Il problema del fondamento dei diritti “fondamentali”*, in *I diritti fondamentali oggi*, Atti del V Convegno dell’Associazione italiana dei Costituzionalisti, Taormina, 1990, Milano 1995, 235 ss.

36 Alle medesime conclusioni deve giungersi, a parere di chi scrive, anche riguardo al c.d. “diritto alla felicità” o alla “serenità”, di cui il diritto ad una vacanza, appunto, serena dovrebbe rappresentare una delle molteplici *facies*. Sul punto, cfr. Cass. sez. un. civ., 11 novembre 2008, n. 26972, ove il diritto alla felicità è considerato icasticamente “del tutto immaginario”. *Contra*, G. GEMMA, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità?*, in [Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña](#), 12, 2008, 519 ss.

Ed infatti, può ravvisarsi una certa tendenza alla assolutizzazione della *forma* di questo (preteso) diritto costituzionale alla vacanza, senza tuttavia che ne vengano individuati i limiti *sostanziali*³⁹.

In altri termini, ne esce oscurata la dimensione dei doveri, il cui legame con i diritti è «assolutamente inscindibile: gli uni essendo assolutamente incapaci di farsi valere ed essere pienamente appagati e preservati, laddove i secondi non si facciano “diritto vivente”. È vero però anche l'inverso: che solo alla condizione che i diritti si commutino in diritto vivente, i doveri possono reggersi e radicarsi nel terreno dell'esperienza costituzionale. (...) dalla prospettiva dell'etica repubblicana, diventa assai arduo separare i diritti dai doveri»⁴⁰.

In particolare, è assente negli arresti richiamati, il riferimento al dovere di solidarietà, che, *in subiecta materia*, si traduce, per un verso, nella solidarietà nei confronti della vittima e, per altro verso, nella ragionevole tolleranza da parte del consumatore-turista.

Ed infatti, a voler seguire il percorso argomentativo dei giudici, dovrebbe sostenersi che una vacanza non rispondente alle aspettative determinerebbe, per ciò solo, il diritto al risarcimento del danno. Tuttavia, se è pur vero che una vacanza non rispondente alle aspettative può talvolta determinare un *emotional* o *mental distress* e, quindi, compromettere l'equilibrio psico-fisico del soggetto è altrettanto vero che possono verificarsi casi in cui il disagio arrecato sia di così poco momento da poter essere facilmente superabile attraverso processi, che la migliore scienza psicologica non esiterebbe a definire “capacità di adattamento”.

37 Cfr., di recente, Cass. 4 marzo 2010, n. 5189, nonché Cass. 20 marzo 2012, n. 4372 nelle quali (pur non trovando applicazione il codice del turismo) il fondamento del danno da vacanza rovinata è individuato non nella generale previsione dell'art. 2 Cost., ma proprio nella cosiddetta vacanza rovinata (come legislativamente disciplinata). Ed infatti, la risarcibilità di tale danno è prevista dalla legge, oltre che costantemente predicata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea. «In effetti, la legislazione di settore concernente i “pacchetti turistici”, emanata in attuazione della normativa comunitaria di tutela del consumatore, nell'ambito dell'obiettivo dell'avvicinamento delle legislazioni degli Stati membri della Comunità Europea, come interpretata dalla Corte di Giustizia CE, ha reso rilevante *l'interesse del turista* al pieno godimento del viaggio organizzato, come occasione di piacere o riposo, prevedendo il risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali (disagio psicofisico che si accompagna alla mancata realizzazione in tutto o in parte della vacanza programmata) subiti per effetto dell'inadempimento contrattuale».

38 Sul tema dei rapporti tra interpretazione giudiziaria e discrezionalità legislativa, cfr., per tutti, R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, Roma 2013, *passim*.

Sull'applicazione diretta ad opera dei giudici delle clausole generali costituzionali, si segnala altresì l'opinione di F. PEDRINI, *Le “clausole generali”. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna 2013, 283 ss. , secondo il quale «l'applicazione diretta delle clausole generali costituzionali da parte del giudice ordinario parrebbe ancor meno probabile nello *specifico* se si considera che, tra i presupposti dell'efficacia *inter privatos* delle norme costituzionali, si è soliti annoverare proprio quelle caratteristiche di completezza e, soprattutto di “autoapplicatività” che nel caso delle clausole generali (comprese quelle della Costituzione) parrebbero escluse già a livello definitorio».

39 Si tratta, del resto, del rischio, già avvertito in sede dottrinale, circa il “privilegio” caratterizzante i cc. dd. “nuovi diritti”, che in quanto non espressamente positivizzati non incorrerebbero nel più rigoroso regime previsto per i diritti sanciti in Costituzione. Sul punto, cfr., in particolare, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 139; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 26 s.

40 A. RUGGERI, *Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della Costituzione (note minime a margine di un convegno)*, in R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007, 564.

Inoltre, al di là del riferimento agli attributi della “serenità” o “felicità” – che, come elementi qualificativi di una vacanza, sembrano francamente tautologici, risultando difficile ipotizzare una coloritura “masochista” della vacanza stessa – immettere nell’ordinamento un diritto costituzionale alla vacanza produrrebbe ben altre conseguenze rispetto a quelle tratte dalla giurisprudenza sopra richiamata.

A tacer d’altro, invero, il riconoscimento di siffatto diritto renderebbe necessario estendere la risarcibilità del danno da “vacanza rovinata” a tutte le tipologie di vacanze e non solo – come previsto - a quelle effettuate a seguito dell’acquisto di un pacchetto turistico “*all inclusive*”. Contrariamente, dovrebbe discorrersi di un diritto costituzionale condizionato alla stipulazione soltanto di specifiche tipologie contrattuali e gli effetti sarebbero paradossalmente discriminatori.

Se esistesse un diritto alla vacanza, potrebbe, infatti, negarsi tutela alle legittime aspettative di svago e di riposo di un povero “turista fai da te”?

** Ricercatore di Diritto costituzionale nell’Università degli studi di Catania.