

Corte di Cassazione, Sez. I civile, 10 luglio 2018, n. 18047 – Pres. Chiari-
ni – Est. Di Florio – P.M. Patrone (conf.) – S. Spa (Avv.ti Durante e Savasta
Fiore) c. L.L. (Avv.ti Riva e Blundo)

Conferma Trib. Bologna, 3 giugno 2016, n. 1447.

Contratto in genere – Risoluzione per impossibilità sopravvenuta – Le-
gittimazione (c.c., artt. 1463 ss.; c.p.c., artt. 99 ss.).

Contratto in genere – Risoluzione per impossibilità sopravvenuta – Pre-
supposti – Causa in concreto del contratto – Rilevanza – Irrealizzabilità
della finalità essenziale – Conseguenze (c.c., artt. 1325, 1343 ss., 1463 ss.).

*La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la con-
seguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c., può essere in-
vocata da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la
cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile.*

*L'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia dive-
nuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia
divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale im-
possibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto
meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in
cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione.*

(*Omissis*). 1. - A.A. e L.L. convennero in giudizio, dinanzi al Giudice di
pace di Bologna, la S. Spa e, premesso di aver acquistato presso la società un
pacchetto turistico «all inclusive» al quale avevano dovuto rinunciare a causa
della grave ed improvvisa patologia che aveva colpito l' A., domandarono
la condanna della società alla restituzione della somma da loro pagata come
prezzo dell'intera prestazione pattuita.

2. - Il giudice di pace accolse la domanda; il Tribunale di Bologna, per ciò che interessa in questa sede, respinse l'appello della società, compensando parzialmente le spese del grado.

3. - Ricorre per la cassazione della sentenza la B. Srl in liquidazione (già S. Spa) affidandosi a cinque motivi illustrati anche con memoria. (*Omissis*).

1. - Con il primo motivo, la società ricorrente deduce *ex art.* 360 c.p.c., n. 3, la violazione degli artt. 1463, 1256, 1325 e 1345 c.c., ed art. 3 Cost., nonché, *ex art.* 360 c.p.c., n. 5, l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio. Al riguardo: a. contesta l'interpretazione degli artt. 1463 e 1345 c.c., assumendo che il giudice d'appello aveva confuso la causa del contratto con i motivi di esso; b. deduce l'inconferenza degli arresti di legittimità richiamati, riguardanti la diversa ipotesi di impossibilità sopravvenuta per un fatto ascrivibile a terzi e non alle parti: assume che non era stato considerato che la mancata partecipazione al viaggio non era dipesa da fatti relativi all'esercizio dell'attività imprenditoriale, ma ad un impedimento soggettivo del fruitore della prestazione che non poteva determinare un effetto completamente liberatorio/risolutorio in suo favore; c. assume che l'art. 1463 c.c. non prescriveva una regolamentazione inderogabile né l'inserimento di clausole che potessero implicare uno sbilanciamento del sinallagma contrattuale con trasferimento del rischio solo a carico dell'operatore turistico.

1-*bis*. - Il motivo è complessivamente infondato.

Circa il primo rilievo, si osserva che il Tribunale ha fatto corretta applicazione delle norme sopra richiamate, inquadrando la fattispecie in esame nell'ipotesi in cui la causa del contratto, consistente nella fruizione di un viaggio con finalità turistica, diviene inattuabile per una causa di forza maggiore, non prevedibile e non ascrivibile alla condotta dei contraenti.

Al riguardo, questa Corte ha avuto modo di chiarire che «la causa in concreto – intesa quale scopo pratico del contratto, in quanto sintesi degli interessi che il singolo negozio è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello negoziale utilizzato – conferisce rilevanza ai motivi, sempre che questi abbiano assunto un valore determinante nell'economia del negozio, assurgendo a presupposti causali, e siano comuni alle parti o, se

riferibili ad una sola di esse, siano comunque conoscibili dall'altra» (cfr. Cass. 8100/2013; Cass. 12069/2017).

Pertanto il Tribunale, nella congiunta valutazione della causa e dei motivi che avevano indotto all'acquisto del pacchetto turistico, ha dato forma al concetto di «causa concreta del contratto» attinente all'aspetto della funzione economico-sociale del negozio giuridico posto in essere (cfr. anche in motivazione Cass. 26958/2007) e, valutando il gravissimo impedimento che non aveva consentito ai contraenti di fruirne, ha correttamente applicato il principio sopra enunciato con il quale la previsione di cui all'art. 1463 c.c., risulta perfettamente compatibile, con riferimento a tutti i contraenti.

E, tanto premesso, anche il secondo rilievo non è condivisibile.

Questa Corte ha affermato che «la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c., può essere invocata da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione» (cfr. Cass. 26958/2007).

Tale arresto che, per gli aspetti fattuali, risulta sovrapponibile al caso in esame, contiene principi ai quali questo collegio intende dare seguito, dovendosi escludere che l'impossibilità sopravvenuta debba essere – come prospettato dal ricorrente – necessariamente ricollegata al fatto di un terzo: la non imputabilità al debitore (v. art. 1256 c.c.) non restringe il campo delle ipotesi ma, per quanto sopra argomentato, consente di allargare l'applicazione della norma a tutti i casi, meritevoli di tutela, in cui sia impossibile, per eventi imprevedibili e sopravvenuti, utilizzare la prestazione oggetto del contratto.

Anche il terzo rilievo non può essere condiviso.

La società ricorrente lamenta, infatti, che la decisione impugnata contiene argomentazioni che si traducono in uno sbilanciamento del sinallagma contrattuale e nel trasferimento del rischio dell'evento accidentale a totale carico del *tour operator*, con conseguente costituzione di una sorta di responsabilità oggettiva.

L'assunto è infondato.

L'art. 1463 c.c. assume una funzione di protezione in relazione alla parte impossibilitata a fruire della prestazione pattuita e ciò è funzionale, in linea generale, proprio alla ricostituzione del sinallagma compromesso, non spostando l'ambito contrattuale della responsabilità.

2. - Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 1463 e 2033 c.c.: assume che la malattia dell'A. si era verificata il giorno prima della partenza quando la prestazione era già iniziata, e che la società aveva iniziato ed in parte completato l'esecuzione del contratto. Si configurava in tal modo, a suo carico, un'ipotesi di indebito arricchimento in favore della parte attrice.

Il motivo è infondato.

Le parti contraenti, infatti, non hanno minimamente fruito della prestazione: al riguardo questa Corte ha avuto modo di chiarire che «l'azione generale di arricchimento ingiustificato, avendo natura sussidiaria, può essere esercitata solo quando manchi un titolo specifico sul quale fondare un diritto di credito» (cfr. Cass. 26199/2017): nel caso di specie, le pretese dell'odierna parte controricorrente si fondano legittimamente sull'applicazione dell'art. 1463 c.c., e trovano pertanto un fondamento specifico che non consente neanche di ipotizzare l'ipotesi di cui all'art. 2033 c.c.

3. - Con il terzo motivo, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 360, n. 3 c.p.c., con riferimento all'art. 1385 c.c., ed alla direttiva comunitaria 90/314 in tema di recesso del viaggiatore; lamenta altresì l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti e consistente nella mancata stipula della polizza assicurativa che era stata offerta ai contraenti per garantire gli [stessi dai danni] derivanti da inconvenienti imprevedibili.

Il motivo è in parte inammissibile ed in parte infondato.

La censura, infatti, è espressamente riferita agli artt. 90 e 91 del Codice del Consumo sui quali il Tribunale ha congruamente argomentato (cfr. pag. 6 della sentenza): il ricorrente chiede dunque, pur denunciando formalmente il vizio di violazione di legge, una rivisitazione del merito e della motivazione della controversia sul punto, preclusa in sede di legittimità in presenza di motivazione logica e sufficiente.

Né la mancata stipula, da parte dei contraenti, della polizza assicurativa volta a coprire eventi imprevedibili come quello in esame, sposta i termini della decisione.

Tale possibilità, infatti, all'epoca in cui venne acquistato il pacchetto turistico costituiva una mera facoltà sia per il cliente che per l'operatore turistico: ciò non incide, dunque, sulla valutazione dell'impossibilità sopravvenuta alla prestazione, secondo quanto sinora argomentato.

Vale al riguardo rilevare che proprio la recente Direttiva Comunitaria 2302/2015 sui pacchetti turistici, richiamata dal ricorrente, è stata recentemente recepita ma non è ancora in vigore nel nostro ordinamento: ciò rafforza la dimostrazione che all'epoca della controversia prevaleva la disciplina correttamente applicata dal Tribunale, la cui interpretazione deve tenere conto sia del rischio generale connaturato all'attività imprenditoriale sia del dovere di solidarietà sociale universalmente applicabile (Cass. 14662/2015).

4. - Con il quarto motivo la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1463 e 1672 c.c., nonché l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti, consistente nell'applicazione delle norme relative al contratto di trasporto ed al contratto di mandato; censura, altresì, il richiamo del Tribunale all'art. 1672 c.c., ritenendolo inconferente rispetto al caso in esame.

Il motivo è inammissibile.

Nonostante la formale evocazione del vizio di violazione di legge, il ricorrente chiede una diversa motivazione della sentenza prospettando un vizio che non può più trovare ingresso in sede di legittimità, vista la modifica dell'art. 360, n. 5, introdotta con la L. n. 134 del 2012.

Circa la postulata applicazione degli artt. 1686 e 1720 c.c. si osserva, poi, che la censura risulta nuova e quindi inammissibile.

5. - Infine, con il quinto motivo, il ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione, *ex art.* 360, n. 3 c.p.c., dell'art. 91 c.p.c.: chiede la compensazione delle spese anche del primo grado visto che l'appello era stato parzialmente accolto.

Il motivo è inammissibile, in quanto, in presenza di parziale soccombenza in appello la statuizione di compensazione delle spese di primo grado non è sindacabile in sede di legittimità (cfr. *ex multis* Cass. 18236/2003; Cass. 4799/2006; Cass. 30599/2017) In conclusione, il ricorso deve essere rigettato. (*Omissis*).

Irrealizzabilità del contratto di pacchetto turistico e causa in concreto

[SILVIO PIETRO CERRI (*)]

SOMMARIO: 1. Inutilizzabilità della prestazione e motivo oggettivo. – 2. Art. 1463 c.c. e requisiti di applicabilità. – 3. Contratto turistico nella giurisprudenza. – 4. Irricevibilità non imputabile al creditore. – 5. Interesse e difetto sopravvenuto di causa. – 6. Causa in concreto e rischio d'impresa. – 7. Conclusioni.

1. È agevole rilevare come ogni ipotesi risolutiva normativamente individuata (tra cui, ovviamente, anche quella di cui all'art. 1463 c.c.) trovi la propria *ratio* nel mantenimento dell'equilibrio tra interessi di natura squisitamente privata⁽¹⁾. Conseguentemente, potrà rinvenirsi parte della materia dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione anche nel potere, in mano all'autonomia delle parti, di eventualmente disciplinare per via convenzionale il fenomeno delle sopravvenienze perturbative degli equilibri negoziali al fine di mantenere in vita il rapporto contrattuale⁽²⁾.

(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4ª ed., Torino, 2016, p. 662; V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 86.

⁽²⁾ Ancora più ragionevole in proposito sarà allora ritenere come, in ipotesi d'impossibilità temporanea, le parti debbano considerarsi obbligate, in applicazione di apposita clausola finalizzata alla revisione contrattuale, ad attendere che il fatto impeditivo venga

Gli strumenti di adeguamento contrattuale, tuttavia, non sempre costituiscono valido mezzo di salvaguardia degli interessi sottesi alla stipula: in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione, il contratto deve ritenersi risolvibile.

In un recente caso, la S.C. fornisce un'applicazione dell'istituto della risoluzione per impossibilità sopravvenuta⁽³⁾ il quale consente, sulla scorta di una giurisprudenza di promanazione dell'ultimo decennio, non copiosa rispetto a fattispecie similari ma certamente innovativa, una reinterpretaazione dell'istituto alla luce della moderna concezione dell'impianto causale del contratto.

Tizio e Caia convengono in giudizio Alfa spa e, premesso di aver acquistato presso quest'ultima un pacchetto turistico "tutto compreso" cui avevano dovuto rinunciare a causa di grave ed improvvisa patologia che aveva colpito Tizio, domandano la condanna di Alfa spa a restituire la somma da loro pagata come prezzo dell'intera prestazione pattuita. Il Giudice di Pace accoglie la domanda. Alfa spa propone appello, che viene respinto dal Tri-

meno, con conseguenti operazioni rinegoziate e, pertanto, di riequilibrio dell'assetto d'interessi sotteso alla stipula: del resto, in alcune ipotesi il legislatore ammette la conservazione negoziale anche alla luce di sopravvenienze produttive d'impossibilità sopravvenuta di una prestazione, introducendo ad esempio: *a)* per il contratto di mutuo, l'art. 1818 c.c., in base a cui ove si tratti di variazione di cose diverse da denaro e vi sia impossibilità di restituzione per causa non imputabile a debitore, quest'ultimo non potrà domandare risoluzione del rapporto, dovendo anzi – avuto riguardo a tempo e luogo di restituzione che doveva eseguirsi – effettuare il pagamento; *b)* per il contratto di permuta, l'art. 1553 c.c., il quale, in caso di evizione di cosa permutata consente al permutante, nonostante l'inadempimento impossibilitante, la realizzazione del sinallagma funzionale corrispondendo il valore di cosa evitta. Sul punto v. anche F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, p. 100, ove una disamina esaustiva riguardante le disposizioni finalizzate a garantire, nonostante la sopravvenuta impossibilità, il mantenimento in vita del contratto.

⁽³⁾ V., in ordine alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, A. CIATTI CÀIMI, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. giur.*, VII, Milano, 2007, p. 323; A. LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007; F. MACARIO, *Le sopravvenienze. I rimedi*, 2, in *Tratt. Roppo*, Milano, 2006, III, p. 557; F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2003; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002; R. SACCO, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, XVIII, Torino, 1998, p. 53; O. CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989; B. IANNOLO, *La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, p. 82.

bunale. Ricorre per cassazione Beta srl in liquidazione (già Alfa spa). La S.C. rigetta il ricorso, sostenendo: *a)* da una parte come, «dovendosi escludere che l'impossibilità sopravvenuta debba essere (...) necessariamente ricollegata al fatto di un terzo (...) la non imputabilità al debitore (...) non» restringa «il campo delle ipotesi ma» consenta «di allargare l'applicazione della norma a tutti i casi, meritevoli di tutela, in cui sia impossibile, per eventi imprevedibili e sopravvenuti, utilizzare la prestazione oggetto del contratto»; *b)* dall'altra, come «la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c.» possa invocarsi «da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione».

La decisione della S.C. qui in commento concerne, in termini di punto nodale, il tema della risoluzione del contratto di pacchetto turistico per irrealizzabilità del proprio fine, alla luce della sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione in capo al creditore-turista.

Con riferimento alla risoluzione contrattuale per impossibilità sopravvenuta può sin da ora sottolinearsi come risulti ad oggi acclarato che circostanze incidenti sull'interesse del creditore che ne comportino il venire meno (come, nel caso che ci occupa, la sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione non imputabile al creditore, benché astrattamente eseguibile), determinano a loro volta estinzione del rapporto obbligatorio alla luce di sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del rapporto⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Quanto alla distinzione tra impossibilità della prestazione ed impossibilità di ricevere quest'ultima v., tra le pronunce più risalenti, già Cass., 26 marzo 1947, n. 432, in *Foro it.*, 1947, I, c. 265, con nota di G. PESCATORE, *Effetti dell'impedimento personale al singolo viaggiatore*

2. I requisiti di applicazione dell'art. 1463 c.c. sono rinvenibili nei caratteri della sopravvenienza, totalità ed oggettività dell'impossibilità della prestazione⁽⁵⁾: si tratta di requisiti analogamente previsti per l'applicabilità del 1° com-

sul contratto di crociera turistica, e in *Riv. dir. comm.*, 1947, p. 284, con nota di A. MIGNOLI, *Impossibilità del creditore e incidenza del fortuito*. Per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Napoli, 23 luglio 1984, in *Dir. e giur.*, 1985, p. 763, che ritiene inapplicabile l'art. 1463 c.c. al caso della sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione per circostanza riguardante la sfera soggettiva del turista, non spettando a quest'ultimo la restituzione di quanto anticipato, dovendosi altrimenti porre a carico del debitore l'impossibilità del creditore di collaborare nel ricevere la prestazione; App. Milano, 1° marzo 1996, in *Contratti*, 1997, p. 386, con nota di E. GUERINONI, *Malattia del turista e impossibilità della prestazione*. *Contra*, Trib. Milano, 19 aprile 2002, in *Dir. tur.*, 2003, p. 157, che ritiene applicabile l'art. 1463 c.c. all'ipotesi del turista che decida di non viaggiare più dopo essere entrato in depressione nel venire a conoscenza di eventi terroristici di risonanza mondiale, in tal caso rinvenendosi, l'impossibilità della prestazione, in fatti eccezionali imprevedibili.

Per la dottrina concernente la sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2° ed., Milano, rist. 2015, p. 383, che parla in proposito di inidoneità della prestazione al soddisfacimento dell'interesse creditorio. In ordine all'idea di "inutilità", cfr. A. SCIALOJA, *Contributi alla teoria del negozio giuridico*, II, *Nullità ed inefficacia*, in *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, p. 27, il quale sostiene come possa definirsi inutile il negozio inefficace, benché esistente e dotato di validità; ma v. anche N. IRITI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 177 ss., e A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 47 ss.

⁽⁵⁾ In merito a tale ultima caratteristica, v. Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 531, con nota di S. NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 921, con nota di F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Contratti*, 2008, p. 786, con nota di L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 29, con nota di F. PAROLA, *Risoluzione del contratto turistico e impossibilità di utilizzazione della prestazione*, e in *Contr. e impr.*, 2009, p. 151, con nota di E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, la quale, nel sottolineare come «La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c.» possa invocarsi «da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la soprav-

ma dell'art. 1256 c.c., avendo la impossibilità due fondamentali effetti, cioè a dire la risoluzione automatica del rapporto e, estinguendosi l'obbligazione, la conseguente liberazione del debitore.

Sia in caso di inimputabilità, alle parti, della impossibilità sopravvenuta della prestazione, sia in caso di imputabilità al debitore, è pacifica l'applicabilità dell'art. 1463 c.c. nel primo, come la inapplicabilità nel secondo caso: la S.C. con la decisione qui in commento decide quindi, principalmente, in ordine alla questione riguardante la disciplina applicabile in caso di impossibilità addebitabile alla sfera giuridica del creditore⁽⁶⁾.

Sotto tale profilo la dottrina appare suddivisa in tre principali orientamenti: da una parte, vi è chi ritiene applicabile sempre e comunque l'art. 1463 c.c.⁽⁷⁾,

venuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione», precisa, inoltre, come la prestazione possa ritenersi oggettivamente impossibile in caso di: *a)* perimento o smarrimento della cosa; *b)* incommerciabilità della cosa; *c)* riguardo alle obbligazioni di fare, impedimenti personali, assoluti ed oggettivi, propri del debitore (sul punto, si richiama anche Cass., 16 febbraio 2006, n. 3440, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., 19 gennaio 1983, n. 498, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 3230; Cass., 22 ottobre 1982, n. 5496, in *Mass. Giur. it.*, 1982, la quale osservava come «L'impossibilità sopravvenuta della prestazione», ove consistente «in un impedimento, assoluto ed oggettivo, a carattere definitivo», desse «luogo alla risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 1463 c.c., mentre», ove incarnasse «natura temporanea», determinasse solo «da sospensione (e non la risoluzione) del contratto stesso, ma non oltre i limiti dell'interesse del creditore al conseguimento della prestazione»; Cass., 6 febbraio 1979, n. 794, *ivi*, 1979, ove si riteneva come «Il 2° comma dell'art.1256 c.c., nell'escludere che l'obbligazione si estingue nel caso di impossibilità temporanea della prestazione», fosse riferito «al solo interesse del creditore alla prestazione e non pure all'interesse del debitore, il quale deve adempiere l'obbligazione indipendentemente da un suo diverso interesse economico alla prestazione differita»; Cass., 8 ottobre 1973, n. 2532, in *Mass. Foro it.*, 1973): sul punto, in dottrina, S. PAGLIANTINI, *Prevedibilità del fatto impeditivo, equilibrio subiettivo delle impugnazioni e recesso del contraente deluso: note e spunti in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 506.

⁽⁶⁾ Sul punto v. L. CABELLA PISU, *L'impossibilità della prestazione e la sfera del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 549, secondo cui può ritenersi rientrante nel concetto di «sfera giuridica» sia il caso di impossibilità di cooperazione che risulti imputabile al creditore, sia il caso di impossibilità di cooperazione dovuta a circostanze non rientranti nella sfera di controllo del creditore medesimo.

⁽⁷⁾ Si tratta dell'orientamento maggioritario in dottrina: cfr. A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 175; G. COTTINO, *Questioni in materia di im-*

con conseguente operabilità in caso di impossibilità imputabile sia a debitore che creditore; dall'altra, riguardo al creditore vi è chi prende a riferimento il solo art. 1453 c.c., in materia di obbligo cooperativo con il debitore ai fini dell'adempimento di quest'ultimo⁽⁸⁾; vi sono, infine, coloro i quali ritengono che la questione relativa alla impossibilità sopravvenuta imputabile al creditore vada risolta, nei c.dd. contratti a prestazioni corrispettive, mediante il ricorso al 1° comma dell'art. 1207 c.c.: il creditore in sostanza dovrebbe ritenersi obbligato, pur alla luce del mancato adempimento del debitore, ad eseguire la prestazione⁽⁹⁾.

In giurisprudenza, per casi come quello deciso dalla sentenza in esame ed altri analoghi, da tempo si propende maggiormente per il primo dei su-indicati orientamenti⁽¹⁰⁾ anche in ossequio al fatto che, pensando altrimenti, sarebbe difficilmente rinvenibile una disciplina adeguata ad ipotesi in cui

possibilità della prestazione, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, p. 79; ID., *L'impossibilità sopravvenuta e la responsabilità del debitore*, *ivi*, 1951, II, p. 215; L. MENGONI, *In tema di mora credendi nel rapporto di lavoro*, in *Temi*, 1954, p. 570; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, rist. 1993, p. 377. Con riferimento, poi, alla particolare ipotesi della impossibilità inimputabile al creditore, detto orientamento vede al proprio interno, a sua volta, una ulteriore suddivisione tra coloro che ritengono che il creditore, pur liberato dal proprio obbligo, sia comunque tenuto ad indennizzare il debitore di spese sostenute e mancato guadagno (cfr. G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995, p. 257), e coloro che propendono per una applicazione analogica, a rapporti simili, di norme che prevedano detta eventualità (cfr. G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, p. 78).

⁽⁸⁾ Cfr. G. SANTORO, *Crisi del Golfo e impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a fatto del creditore*, in *Contr. e impr.*, 1992, p. 512; A. LAZARI, *Armi da guerra e guerra delle armi: prima condanna italiana alla yubris di Saddam*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 230.

⁽⁹⁾ Cfr. M. GIORGIANNI, *Inadempimento*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1964, p. 876; A. RAVAZZONI, *Mora del creditore*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 903.

⁽¹⁰⁾ Cfr., per la giurisprudenza di legittimità, Cass., 30 gennaio 2006, n. 1980, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 377; Cass., 20 dicembre 2004, n. 23618, in *Guida al dir.*, 2005, 4, p. 73; Cass., 6 maggio 2000, n. 295, in *Studium iuris*, 2000, p. 1134; Cass., 20 marzo 1997, n. 2487, in *Dir. e giur. agr. amb.*, 1998, II, p. 483; Cass., 22 dicembre 1983, n. 7580, in *Mass. Foro it.*, 1983; *contra*, Cass., 17 maggio 1949, n. 1221, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 77. Per la giurisprudenza di merito, Trib. Udine, 13 luglio 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 201; Trib. Genova, 11 luglio 1996, *ivi*, 1997, p. 534; Trib. Verona, 30 maggio 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, c. 372; Trib. Napoli, 15 luglio 1974, in *Dir. e giur.*, 1977, p. 126.

non risultino ravvisabili elementi propri del dolo o della colpa in capo al creditore non cooperante per l'ottenimento di quanto spettantegli⁽¹¹⁾.

Pertanto, la questione riguardante la legittimazione ad esperire l'azione di cui all'art. 1463 c.c. può dirsi risolta sia da parte della dottrina⁽¹²⁾ che della giurisprudenza, anche meno recente, nel senso che detta azione deve potersi ritenere esperibile sia dal debitore che dal creditore⁽¹³⁾.

Altro evidente profilo di distinzione tra le due tipologie risolutive è rinvenibile nei rispettivi *modus operandi* in quanto, mentre il rimedio di cui all'art. 1463 c.c. può dirsi automatico, in caso di inadempimento all'obbligo cooperativo all'espletamento della prestazione è necessaria una sentenza di tipo costitutivo: è in favore di entrambe le parti, infatti, che spiega automaticamente i propri effetti la risoluzione di cui all'art. 1463 c.c., di talché il debitore liberato non solo non potrà pretendere la prestazione di controparte, ma dovrà anche restituire – in base alla normativa concernente la ripetizione dell'indebitato – quella eventualmente ricevuta. Proprio l'espreso richiamo operato dalla norma in esame all'art. 2033 c.c. si giustifica partendo dal presupposto che la risoluzione possa essere chiesta anche dal soggetto che ha già eseguito la sua prestazione⁽¹⁴⁾.

Sotto il profilo motivazionale della decisione in commento, la S.C. ha dovuto statuire in ordine alla seguente, principale questione: pur prospettando-

⁽¹¹⁾ Sul punto, in giurisprudenza, Cass., 26 marzo 1947, n. 432, cit.; Cass., 8 febbraio 1986, n. 809, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1928. Per la dottrina, cfr. L. CABELLA PISU, *L'impossibilità della prestazione e la sfera del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 547; C. CHESSA, *La sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 523; R. ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000; A. PONTECORVO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007.

⁽¹²⁾ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2001, p. 1006, nonché F. MACARIO, *Le sopravvenienze. I rimedi*, 2, cit., p. 561.

⁽¹³⁾ In tal senso, già da epoca risalente: Cass., 25 luglio 1947, n. 1181, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, p. 1140; Cass., 19 agosto 1948, n. 1527, *ivi*, 1948, p. 427; Cass., 23 agosto 1949, n. 2394, in *Foro it.*, 1950, I, c. 167.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Cass., 18 settembre 1956, n. 3222, in *Rep. Foro it.*, 1956, v. *Obbligazioni e contratti*, n. 497.

si la prestazione d'impresa in termini di possibilità, e alla luce della integrale effettuazione della prestazione dei turisti-consumatori, una lettura troppo letterale dell'art. 1463 c.c. avrebbe rischiato di "concedere" la legittimazione a far valere la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta al solo obbligato alla prestazione divenuta impossibile.

Il punto nodale da sciogliere, in sostanza, concerne la specificità della risoluzione per impossibilità sopravvenuta nelle ipotesi di obbligazioni di *facere*, in quanto proprio la prestazione della società venditrice del pacchetto turistico "tutto compreso", data la natura del relativo contenuto consistente proprio in un *facere*, potrebbe considerarsi quale prestazione di tipo infungibile, e ciò per entrambi i contraenti di talché, in mancanza della cooperazione del turista, la prestazione del professionista (che, essendo stato pagato, diviene debitore del pacchetto) potrebbe profilarsi in termini di impossibilità: dubbio che, come in un caso analogo di poco più di dieci anni prima, la S.C. non pare proprio porsi⁽¹⁵⁾, sostenendo al contrario la permanenza della possibilità della prestazione in capo alla società venditrice del pacchetto e sostenendo pertanto la rilevanza, ai fini risolutivi del contratto, della "semplice" impossibilità, in capo ad uno dei turisti, di fruire del pacchetto turistico.

Come dalla stessa S.C. sostenuto nella decisione in commento, quindi, l'art. 1463 c.c. può ritenersi assumere «una funzione di protezione in relazione alla parte impossibilitata a fruire della prestazione pattuita e ciò è funzionale, in linea generale, proprio alla ricostituzione del sinallagma compromesso, non spostando l'ambito contrattuale della responsabilità»: è, in sostanza, il medesimo meccanismo di sostanziale automaticità di scioglimento del vincolo di cui all'articolo in esame a stabilire la bilateralità della legittimazione ad instare per lo scioglimento del contratto⁽¹⁶⁾. La società debitrice della prestazione divenuta impossibile ad effettuarsi è liberata in base all'art. 1256

⁽¹⁵⁾ Così L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, in *Contratti*, 2008, cit., p. 792.

⁽¹⁶⁾ In questi termini R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 690; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 132 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1006; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 373. Per la giurisprudenza, cfr. Cass., 28 gennaio 1995, n. 1037, in *Mass. Foro it.*, 1995.

c.c., da ciò derivando, a sua volta, inesigibilità ovvero, in caso di avvenuta esecuzione (come nel caso in esame, il pre-pagamento del pacchetto turistico), ripetibilità della controprestazione.

Può pertanto dirsi condivisibile l'enunciato della S.C., conforme a relativamente recente giurisprudenza di legittimità (a sua volta debitrice di remoto precedente⁽¹⁷⁾), secondo cui possono chiedere lo scioglimento del rapporto contrattuale (tramite sentenza di mero accertamento⁽¹⁸⁾) sia il creditore della prestazione divenuta impossibile (purché per motivi a sé non imputabili), sia il debitore il quale non possa ulteriormente adempiere e che, tuttavia, risulti al contempo creditore di prestazione ancora possibile, ovvero già eseguita⁽¹⁹⁾.

3. Sotto il profilo della corretta individuazione del concetto di “prestazione impossibile”, nel caso che ci occupa ciò che risulta essere venuto meno, come già sottolineato, non è la prestazione in sé considerata quanto, piutto-

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cass., 18 settembre 1956, n. 3222, cit. In caso di parziale impossibilità della prestazione, diversamente, l'art. 1464 c.c. consente al creditore della prestazione parzialmente impossibile di scegliere tra chiedere la riduzione della controprestazione, recedere dal contratto ove non vi sia interesse all'adempimento parziale ovvero, ancora, limitarsi ad accettare la prestazione ridotta (su cui Cass., 14 marzo 1997, n. 2274, in *Contratti*, 1997, p. 358, secondo la quale «nel contratto a prestazioni corrispettive, in caso di impossibilità parziale della prestazione dovuta da una delle parti, è solo la parte creditrice della prestazione divenuta parzialmente impossibile che ha il diritto di avvalersi dei rimedi previsti dall'art. 1464 c.c., e che quindi può, in difetto di un interesse apprezzabile all'adempimento parziale, recedere dal contratto invece che usufruire di una riduzione della sua prestazione»).

⁽¹⁸⁾ Cfr. Cass., 14 gennaio 1992, n. 360, in *Mass. Giur. it.*, 1992, la quale sottolinea come «La domanda di risoluzione per inadempimento – che tende ad una pronuncia costitutiva e si fonda sul comportamento doloso o colpevole di una parte → abbia «presupposti e natura diversi dalla domanda di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, che invece tende ad una pronuncia di accertamento e si fonda su un fatto estraneo alla sfera di imputabilità dei contraenti; pertanto è violato il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, ove – avendo le parti domandato la risoluzione del contratto per contrapposti inadempimenti – il giudice dichiara la risoluzione del contratto ex art. 1463 c.c. per sopravvenuta impossibilità della prestazione contrattuale»; nei medesimi termini, già Cass., Sez. lav., 17 aprile 1987, n. 3865, *ivi*, 1987.

⁽¹⁹⁾ V. sul punto R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 690, ove si sottolinea la invocabilità anche in capo alla parte che sia impossibilitata; in questi termini anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1006.

sto, la possibilità da parte del creditore di soddisfarvisi nel proprio credito⁽²⁰⁾.

È opportuno sottolineare sin da subito come la questione della equiparabilità tra le due impossibilità si sia posta in modo particolarmente approfondito proprio riguardo alla contrattualistica in materia di turismo⁽²¹⁾, di talché può ad oggi ravvisarsi il susseguirsi, nel tempo, di due principali orientamenti: all'inizio⁽²²⁾ la giurisprudenza nega la esperibilità del rimedio *ex art.* 1463 c.c. in

⁽²⁰⁾ In ordine alla distinzione cfr. Cass., 2 maggio 2006, n. 10138, in *Contratti*, 2007, p. 5, con nota di N. COREA, *Eccezione d'inadempimento e mancata fruizione della prestazione*, la quale evidenzia che «L'eccezione, sollevata nel giudizio di merito, di mancata fruizione della prestazione della controparte, come la mancata partecipazione ad un corso di formazione ed istruzione tenuto da un istituto universitario, non coincide né in fatto né in diritto con l'eccezione di mancato adempimento, oververosia di mancata esecuzione del corso, in quanto, mentre la prima si riferisce ad un comportamento del creditore – e si configura come una eccezione di recesso o di impossibilità sopravvenuta –, la seconda attiene ad un comportamento del debitore, e si configura come un'eccezione di inadempimento»; Cass., 16 febbraio 2006, n. 3440, cit.; Cass., 28 gennaio 1995, n. 1037, cit.

⁽²¹⁾ Nella medesima direzione, precedentemente, Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.*, 2009, I, c. 214, in *Dir. tur.*, 2007, p. 375, con nota di G. BENELLI, *La risoluzione del contratto di viaggio per impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della vacanza*, in *Giur. it.*, 2008, p. 857, con nota di C. BARTOLUCCI, *Nota sulla definizione della causa del contratto*, *ivi*, p. 1133, con nota di B. IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 845, con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*, e in *Contratti*, 2008, p. 241, con nota di C. CAVAJONI, *La "finalità turistica" come causa in concreto del contratto di viaggio*, la quale sottolinea che «Nel contratto di viaggio vacanza "tutto compreso", caratterizzato dalla combinazione di trasporto, alloggio ed altri servizi turistici non accessori (itinerario, visite, escursioni con accompagnatori e guide turistiche, etc.), la "finalità turistica" (o "scopo di piacere") è l'interesse che il contratto stesso è volto a soddisfare, dunque la sua causa concreta. Ne consegue che la irrealizzabilità di tale finalità per sopravvenuto evento non imputabile alle parti determina, visto il venir meno dell'elemento funzionale dell'obbligazione costituito dall'interesse creditorio, l'estinzione del contratto per sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione, con esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni. Rispetto al contratto di organizzazione o di intermediazione, inoltre, nel contratto di viaggio c.d. "pacchetto turistico", la causa concreta assume rilievo, oltre che come elemento di qualificazione, anche relativamente alla sorte del contratto, quale criterio di relativo adeguamento. L'impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore, quindi, pur se normativamente non prevista, è causa di estinzione dell'obbligazione, autonoma e distinta dalle cause di impossibilità *ex art.* 1463 c.c. ed art. 1464 c.c.».

⁽²²⁾ V. in proposito G. PESCATORE, *Effetti dell'impedimento personale del singolo viaggiatore sul contratto di crociera turistica*, in *Foro it.*, 1947, cit., c. 265; B. MUSSO, *La malattia del turista insorta*

caso di turista impossibilitato alla partenza (per malattia improvvisa propria⁽²³⁾ o di familiari⁽²⁴⁾ o, ancora, per revoca di ferie⁽²⁵⁾) ritenendo come, essendo le prestazioni oggetto del pacchetto turistico il pagamento del prezzo da parte del turista, e la predisposizione dei servizi necessari alla vacanza da parte del professionista (che sia organizzatore, albergatore, etc.)⁽²⁶⁾, in caso di mancata usufruibilità da parte del turista per cause riconducibili alla propria sfera personale non possa invocarsi l'impossibilità sopravvenuta, in caso contrario ingiustamente ponendosi «a carico del debitore, pronto all'adempimento, l'impossibilità del creditore di cooperare per il ricevimento della prestazione»⁽²⁷⁾; in seguito gli interpreti si sono orientati in senso opposto, anche alla luce del sempre crescente interesse verso la tutela della parte contrattualmente più debole, fino a giungere ad un orientamento maggiormente imperniato sulla moderna concezione di causa contrattuale il quale, alla medesima stregua della decisione qui in commento sostiene come, nel campo della vendita di pacchetti turistici, sotto il profilo risolutorio debbano ritenersi equivalenti l'impossibilità della prestazione e di fruizione della medesima⁽²⁸⁾.

prima della partenza: un altro rischio a carico del tour operator, in *Contratti*, 1994, p. 678; G. TASSONI, *Risoluzione e recesso nel contratto di viaggio*, in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, p. 659; G. SILINGARDI, F. MORANDI, *La vendita di pacchetti turistici: la direttiva 13 giugno 1990, n. 90/314/CEE, ed il d.lg. 17 marzo 1995, n. 111*, Torino, 1996, p. 69 ss.; S. MONTICELLI, *Contratto di viaggio turistico: leggi di settore e disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori. Una difficile "omogeneizzazione"*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 801; F. DELFINI, *Vendita via internet di pacchetti turistici last minute e recesso del consumatore*, in *Dir. tur.*, 2003, p. 123.

⁽²³⁾ Cfr. Trib. Napoli, 23 luglio 1984, cit.

⁽²⁴⁾ Cfr. App. Milano, 1° marzo 1996, cit.

⁽²⁵⁾ Su cui Cass., 26 marzo 1947, n. 432, cit.

⁽²⁶⁾ Cfr. Cass., 4 giugno 1991, n. 6306, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3060; App. Milano, 1° marzo 1996, cit.; Trib. Genova, 12 maggio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 214; Pret. Torino, 5 febbraio 1990, in *Riv. giur. circol.*, 1991, p. 236.

⁽²⁷⁾ In questi termini, App. Milano, 1° marzo 1996, cit., secondo cui «L'impossibilità del viaggiatore di usufruire di un "pacchetto turistico" non si risolve in impossibilità sopravvenuta della prestazione; pertanto, va rigettata la domanda del viaggiatore diretta ad ottenere la risoluzione del contratto e la conseguente restituzione di quanto corrisposto al *tour operator*».

⁽²⁸⁾ Così Trib. Milano, 14 dicembre 1992, in *Contratti*, 1994, p. 675, poi riformata *ex App.* Milano, 1° marzo 1996, cit.; Trib. Milano, 19 aprile 2002, cit.; Trib. Lanciano, 1° luglio

Tale ultimo orientamento incontra una effettiva complanarità con la moderna concezione della causa contrattuale in concreto⁽²⁹⁾, individuabile in

2002, in *Dir. trasp.*, 2004, p. 286, il quale già sottolineava che il viaggiatore, ove incorresse in malattia od infortunio e ne desse «specificata e circostanziata documentazione», potesse recedere «dal contratto per fatto sopravvenuto non imputabile e richiedere la restituzione al *tour operator* non solo della caparra ma anche del saldo versato». V. inoltre Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit., e Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.

⁽²⁹⁾ Sulla moderna concezione di causa e, in particolare, di “causa in concreto” quale interesse rilevante penetrato nell’atto, cfr. A. PALAZZO, A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori*, 1, *Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, spec. p. 294 ss.; A. PALAZZO, *Contenuto e forma*, in ID. (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, 11, Torino, 2009, p. 45 ss.; ID., *Le donazioni. Artt. 769-809*, 2ª ed., in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2000, p. 5 ss.; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, I *singoli contratti*, 2, Torino, 2000, pp. 75 ss., 120 ss.; ID., *La causalità della donazione tra ricerca storica e pregiudizio dogmatico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 245 ss.; ID., *Promesse gratuite e affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 181 ss.; ID., *Profili di invalidità del contratto unilaterale*, *ivi*, p. 587 ss., spec. pp. 591, nt. 15, 594 ss. e 598 s.; F. SCAGLIONE, *Il comodato. Artt. 1803-1812*, in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, p. 18 ss. In precedenza, si v. lo studio fondamentale di G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, p. 227 ss., il quale, tuttavia, non rileva l’importanza dei motivi oggettivati che reggono l’efficacia dell’atto come, invece, fa Palazzo nelle opere sopra citate: cfr. R. SACCO, *Recensione ad Antonio Palazzio, Le donazioni. Artt. 769-809* [1ª ed., 1991], in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 545 ss.; F. GAZZONI, *Recensione ad Antonio Palazzio, Le donazioni. Artt. 769-809* [1ª ed., 1991], in *Riv. not.*, 1994, p. 202 ss.; M. PARADISO, *Recensione ad Antonio Palazzio, Atti gratuiti e donazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 173 ss. Sull’evoluzione delle teorie della causa contrattuale v. inoltre G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2014, p. 442 ss.

Sul percorso che ha condotto alla tutela degli interessi concreti e sul suo inquadramento dogmatico cfr., recentemente, almeno E. GABRIELLI, *La nozione di contratto (appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2780 ss., spec. p. 2781; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 3ª ed., Milano, 2017, p. 329 s.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 100; R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa in concreto*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 441 ss.; S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della causa in concreto e la c.d. interpretazione abusiva del contratto: notarele critiche su regole e principi (del diritto dei contratti)*, in *Contratti*, 2016, p. 604 ss.; M. SEMERARO, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 333 ss.; S.P. CERRI, *Donazione di beni altrui e causa in concreto* (in nota a Cass., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068), in *Vita not.*, 2016, p. 585 ss.; A. TUCCI, *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso My Way* (in nota a Trib. Cagliari, 8 gennaio 2014), in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 372 ss.; C. IURILLI, *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile (I-II parte)*, in *Studium iuris*, 2014, pp.

termini di «sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare,

419 ss. e 546 ss.; L. BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 383 ss.; M. MARTINO, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo idolum fori, in*, p. 1441 ss.; M. MAGGIOLO, *Causa in concreto e danni prevedibili*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 725 ss.; F. MACARIO, F.P. PATTI, G. OREFICE, *Danno non patrimoniale da inadempimento e causa in concreto* (in nota a Cass., 20 marzo 2012, n. 4372), in *Contratti*, 2012, p. 393 ss.; A. RICCIO, *La natura contrattuale dei verbali di conciliazione giudiziale e la loro impugnabilità per illiceità della causa in concreto*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 56 ss.; C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 355 ss.

Per la giurisprudenza cfr., di recente, Cass., 9 gennaio 2019, n. 362, in *www.leggiditalia.it*; Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3511, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Claims made nel post-diritto*, A. CANDIAN, *Ultima tappa (per ora) nella saga delle claims made*, e B. TASSONE, *Le clausole claims made di nuovo al vaglio delle Sezioni Unite: tanti punti oscuri e due proposte*, in *Contratti*, 2018, p. 639, con nota di U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le Sezioni Unite: bis in idem*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 675, con nota di R. FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 20, con note di M. D'AURIA, *Polizze claims made: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*, e G. FACCI, *Le Sezioni Unite e le claims made: ultimo atto?*; Cass., 26 settembre 2018, n. 22903, in *Ced Cassazione*, 2018; Cass., 16 maggio 2017, n. 12069, in *www.leggiditalia.it*; sotto il particolare profilo del c.d. collegamento negoziale, v. Cass., 31 maggio 2013, n. 13861, in *Contratti*, 2013, p. 692, con nota di richiami di F. MACARIO, G. OREFICE, F.P. PATTI. Ma v. già, *ex multis*, Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460, con nota di F.S. COSTANTINO, *Adempimento di debito altrui, fallimento del solvens e revocatoria al vaglio delle Sezioni Unite (con chiose su «causa concreta» e vantaggi compensativi nelle operazioni di gruppo)*, nonché in *Giur. it.*, 2010, p. 2080, con nota di M. SPIOTTA, *La «causa concreta» del pagamento da parte del fallito di un debito altrui*, in *Contratti*, 2010, p. 1000, con nota di A. DI BIASE, *La rilevanza della «causa concreta» nella revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 748, con nota di M. GIULIANO, *Adempimento di debito altrui: la causa concreta quale criterio di individuazione della gratuità od onerosità dell'atto*, e in *Fallimento*, 2010, p. 799, con nota di G. MINUTOLI, *Onerosità e gratuità dell'adempimento del terzo, vantaggio compensativo ed onere della prova*; Cass., 16 febbraio 2010, n. 3589, in *Contratti*, 2010, p. 500, nonché in *Giur. it.*, 2011, p. 307, con nota di C.A. NIGRO, *Collegamento contrattuale legale e volontario, con particolare riferimento alla (vecchia e nuova) disciplina del credito ai consumatori*; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 448, con nota di C. DI LEO, *Contratto di assicurazione e causa concreta*, e in *Giur. it.*, 2010, p. 1560; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.; Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1177, con nota di F. AZZARRI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*; Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 81, con nota di G. NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, in *Notariato*, 2010, p. 40, con nota di A. CHIANALE, *Il preliminare di*

e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti»⁽³⁰⁾.

A differenza che nella fattispecie coinvolta nella decisione del 2006, tuttavia, nel caso deciso con la decisione qui in commento il difetto di causa può dirsi rilevante sotto il profilo funzionale del rapporto, e non sotto il profilo genetico⁽³¹⁾.

Nel contratto di viaggio, oggi disciplinato dal d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 come novellato dal recentissimo d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, l'elemento causale, anche alla luce della citata moderna visione generale del medesimo, non deve intendersi più come sovrapposto al tipo contrattuale quanto, piut-

preliminare: intentio certa sese obligandi? e U. LA PORTA, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2658, con nota di R. FERORELLI, *Compravendita immobiliare, validità ed effetti del c.d. preliminare di preliminare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 998, con nota di M.G. SALVADORI, *La validità del c.d. preliminare di preliminare: una questione non (ancora) risolta*, in *Contratti*, 2009, p. 986, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Il «preliminare di preliminare» e la «proposta di acquisto accettata»*, in *Imm. e propr.*, 2009, p. 382; Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di F. ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolum tribus?*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2203, con nota di richiami di G. BOSCHETTI, in *Contratti*, 2007, p. 621, con nota di F. RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, e in *Guida al dir.*, 2006, 31, p. 55; Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2481; Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, cit.; Cass., 23 maggio 1987, n. 4681, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2366, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2529, con nota di V.A. POSO, *Contratto di agenzia di un soggetto non iscritto al ruolo*, in *Resp. civ. e prev.*, 1987, p. 595, con nota di P. DE SANNA, *L'agente non iscritto al ruolo: il diritto alle provvigioni nella giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 60, con nota di P. ARBORE, *Agenti non iscritti al ruolo e compenso per l'attività*, e in *Orient. giur. lav.*, 1987, p. 830.

⁽³⁰⁾ In questi termini, Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit., seguita da Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, cit., che ha tuttavia escluso come a detta ipotesi siano riconducibili «fatti e circostanze ascrivibili alla causa, nel senso cioè di condizionarne la realizzazione nel suo proprio significato di causa concreta, quale interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare»; v. anche, infine, Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *Mass. Foro it.*, 2007.

⁽³¹⁾ Ma v. in proposito L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, cit., p. 792, il quale sostiene come, in casi come questo, debba intendersi automaticamente venire meno il «sinallagma funzionale del contratto».

Sul concetto di causa riferito specificamente al contratto di viaggio v. F. PAROLA, *Recesso dal contratto di compravendita di pacchetti turistici e impossibilità di utilizzazione della prestazione*, in *Obbl. e contr.*, 2008, cit., p. 20.

tosto, nei termini del fine di svago oggettivamente perseguito da chiunque stipuli un contratto finalizzato al soggiorno turistico: finalità che può quindi, dopo la stipula, dissolversi potenzialmente alla luce del caso in cui la prestazione si profili in termini di impossibilità oggettiva, ma anche nel caso di impossibilità di godere della prestazione pattuita per motivi afferenti (proprio come nel caso della decisione qui in esame) alla sfera soggettiva del solo aspirante turista per sopravvenienze al medesimo, tuttavia, non imputabili.

Nel prevedere come in entrambe le ipotesi descritte debba intendersi risolto il contratto per difetto sopravvenuto di causa, quest'ultima, in tal modo considerata, può dirsi constare di un ruolo ambivalente, cioè a dire: *a)* sotto il profilo genetico, di elemento connotativo del tipo; *b)* dal punto di vista funzionale – ove il contratto risulti conservabile – di parametro adeguativo del rapporto⁽³²⁾.

Deve tuttavia osservarsi che, mentre nel caso di impossibilità della prestazione la medesima ha efficacia liberatoria del debitore *ex art.* 1256 c.c., nonché risolutoria *ex art.* 1463 c.c.⁽³³⁾, l'impossibilità di usufruire della prestazione, pur data l'applicabilità anche in questo caso dell'art. 1463 c.c., esonera il debitore da dover adempiere alla luce di sopravvenuta carenza d'interesse creditorio *ex art.* 1174 c.c., elemento essenziale nell'impianto causale del contratto⁽³⁴⁾.

Si tratta pertanto di concetti da tenere in prima istanza distinti⁽³⁵⁾ ma che,

⁽³²⁾ V. sul punto Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit., la quale sottolinea proprio come «il venir meno dell'interesse creditorio» determini «l'estinzione del rapporto obbligatorio, in ragione del sopravvenuto difetto dell'elemento funzionale».

⁽³³⁾ Cfr. Cass., 28 gennaio 1995, n. 1037, cit.; Cass., 9 novembre 1994, n. 9304, in *Contratti*, 1995, p. 166; Cass., 24 aprile 1982, n. 2548, in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, p. 391.

⁽³⁴⁾ Nella medesima direzione già Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.

⁽³⁵⁾ D'altra parte, in base all'orientamento sul punto dominante (il quale arriva, comunque, sostanzialmente alla medesima soluzione della sentenza in commento), si afferma come l'impossibilità di ricevere o cooperare incarna proprio «l'impossibilità della prestazione»: così, testualmente, G. COTTINO, *L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 443; sul punto, v. anche G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 78. V. inoltre L. CABELLA PISU, *L'impossibilità della prestazione e la sfera del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 562, in base a cui la disamina riguardante la prestazione deve tenere conto necessariamente della obbligazione *in toto*, non limitandosi al lato debitorio.

nella sostanza, rimangono produttivi dei medesimi effetti⁽³⁶⁾: conclusione questa perfettamente in linea, peraltro, con la sempre più sentita necessità di una rilettura in chiave costituzionale delle norme civilistiche⁽³⁷⁾, necessità

⁽³⁶⁾ Così Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit. (distinzione confermata nella sentenza qui in commento), secondo cui «l'impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore, pur se normativamente non disciplinata in modo espresso, costituisce – analogamente all'impossibilità di esecuzione della prestazione – autonoma causa di estinzione dell'obbligazione; essendo la prestazione divenuta inidonea a soddisfare l'interesse creditore, la conseguente estinzione del rapporto obbligatorio scaturente dal contratto per sopravvenuta irrealizzabilità della sua causa concreta comporta l'esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni: il debitore non è più tenuto ad eseguirla, il creditore non ha l'onere di accettarla». Analogo principio già risulta espresso in Cass., 24 aprile 1982, n. 2548, cit., per cui «la risoluzione per impossibilità sopravvenuta, analogamente a tutte le ipotesi (risoluzione per inadempimento, annullamento) in cui vengono meno dopo la costituzione del rapporto lo stesso fondamento e causa dell'obbligazione, è pur sempre caratterizzata da un elemento sopravvenuto alla formazione del vincolo obbligatorio, il quale, impedendone l'attuazione ed incidendo sul sinallagma funzionale del rapporto, è riconducibile, negli effetti, alle suindicate ipotesi di sopravvenuta mancanza di causa della obbligazione». *Contra*, Cass., 9 novembre 1994, n. 9304, cit., in cui si sostiene che «la sopravvenuta impossibilità che, ai sensi dell'art. 1256 c.c., estingue l'obbligazione, è quella che concerne direttamente la prestazione e non quella che pregiudica la possibilità della sua utilizzazione da parte del creditore».

⁽³⁷⁾ A tale necessità risultano ispirate le Sezioni Unite in merito alla ridicibilità *ex officio* della clausola penale (cfr. Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 364; per la dottrina, cfr. le pregevoli osservazioni di A. SASSI, *Penale manifestamente iniqua e poteri di intervento del giudice sul regolamento autonomo* (nota a Trib. Perugia, 3 aprile 2001), in *Rass. giur. umbra*, 2002, p. 452 ss.; nonché ID., *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, p. 86, ove si sottolinea che «il compilatore nazionale attraverso nuove disposizioni ha attribuito al giudice un penetrante potere di controllo sul regolamento predisposto dalle parti, attraverso la valutazione del comportamento di queste, in relazione alla clausola di buona fede», risultandone emblematico «il percorso della giurisprudenza in merito alla riduzione della penale manifestamente iniqua (cfr. artt. 1384 e 1526 c.c.), problema tornato alla ribalta» alla fine degli anni Novanta «allorché la Cassazione, disattendendo il proprio consolidato orientamento, riconosceva il potere del giudice di ridurre *ex art.* 1384 c.c., anche d'ufficio, l'importo della penale convenzionalmente stabilito, del resto in linea con il rinnovato interesse del legislatore alla repressione del fenomeno usurario inteso in senso lato») e, ancora prima, alcune pronunce della Corte Costituzionale (nella pronuncia si fa espresso riferimento a Corte cost., 1° aprile 1992, n. 149, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1395, e a Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 19, in *Riv. giur. edil.*, 1994, I, p. 437, secondo la quale «il principio di inesigibilità, imposto come limite alle pretese creditorie quando il debitore per cause a lui non imputabili non possa adempiere, ha rilevanza costituzionale»).

complanare con l'apprestamento di strumenti di tutela della parte debole del rapporto tra cui, ove risultante in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., la mancata esigibilità della pretesa creditoria⁽³⁸⁾.

Pertanto nel caso che ci occupa la S.C., sulla falsariga del già citato precedente⁽³⁹⁾, nonché nell'ottica del rinvenimento di una base concettuale prodromica ad una risolvibilità contrattuale invocabile da entrambe le parti, e contrariamente a proprio risalente orientamento⁽⁴⁰⁾ nonché a parte della dottrina⁽⁴¹⁾ preferisce, piuttosto che basarsi sull'automatico venire meno del sinallagma funzionale, argomentare per il venire meno, in casi come quello in esame, della causa contrattuale considerata "nella sua concretezza".

4. Come si è già avuto modo di evidenziare la sentenza qui in commento inoltre afferma, anche in linea con la citata Cass. 10138/2006, come la sopravvenuta impossibilità di usufruire della prestazione debba tenersi concettualmente distinta dalla sopravvenuta impossibilità di effettuare oggettivamente la prestazione pur avendosi, sotto il profilo effettuale (risoluzione del contratto), una perfetta sovrapposibilità tra le due ipotesi di sopravvenienza⁽⁴²⁾: proprio tale profilo effettuale, quindi, porta ad un ridimensiona-

⁽³⁸⁾ Così Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.; medesime considerazioni risultano in Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.

⁽³⁹⁾ Cfr. Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cass., 18 settembre 1956, n. 3222, cit., richiamata anche in Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.

⁽⁴¹⁾ Cfr. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3^a ed., Torino, 1980, p. 644 ss.; R. SCGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3^a ed., Milano, 1972, p. 283 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1005 ss.

⁽⁴²⁾ Si tratta di distinzione concettuale conforme all'opinione di autorevole dottrina: cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 383, per cui «l'estinzione dell'obbligazione comporta (...) la risoluzione del contratto in quanto ne rende irrealizzabile la causa concreta». Vi sono inoltre, sul punto, altri orientamenti di cui è quantomeno opportuno dare conto. Secondo L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 121 ss., la questione della inutilizzabilità della prestazione è ancora da ricondursi nell'alveo della impossibilità, dovendosi ritenere riduttivo adottare una concezione di prestazione riconducibile alla mera condotta del debitore (p. 123), in quanto, altrimenti, dovrebbe ritenersi necessaria anche l'adozione di un concetto ampio di impossibilità, riferito anche al risultato

mento dell'importanza di mantenere concettualmente distinte inutilizzabilità ed irricevibilità della prestazione in quanto, rimanendo fondamentale la sola analisi della concreta efficacia della inutilizzabilità della prestazione sul sinallagma, dovrà più che altro stabilirsi se debba, alla inutilizzabilità della prestazione, seguire o meno la risoluzione contrattuale.

Nel caso della prima opzione, lo scioglimento contrattuale dovrà intendersi, comunque, attuabile alla medesima stregua della risoluzione per impossibilità sopravvenuta in quanto, come opportunamente sottolineato da parte della dottrina, può ravvisarsi analogia tra le due situazioni, cioè a dire la «impossibilità del pieno funzionamento dell'originario meccanismo sinallagmatico a causa di un fattore ostativo al soddisfacimento della pretesa creditoria di una delle parti, ed il conseguente venir meno della causa giustificativa della controprestazione»⁽⁴³⁾, muovendosi pertanto, sotto il profilo del

che detta condotta è protesa ad assicurare al soggetto creditore: si tratta di impostazione basata sulla considerazione per la quale, ove il debitore necessiti della cooperazione del creditore per adempiere, e la medesima non venga ad essere, ci si troverà innanzi ad una impossibilità di adempiere; in giurisprudenza, v. Trib. Milano, 14 dicembre 1992, cit., secondo il quale «Nel caso in cui un *tour operator* sia obbligato a prestare un viaggio organizzato, così come in tutte le altre ipotesi in cui si richiede la cooperazione del creditore per l'esecuzione della prestazione, l'impossibilità di ricevere dovuta a causa non imputabile al creditore stesso (che vale di per sé ad escludere la *mora accipiendi*) si risolve in impossibilità sopravvenuta della prestazione medesima; pertanto, merita accoglimento la domanda intesa ad ottenere la risoluzione del contratto di viaggio organizzato ex art. 1463 c.c. in presenza di una malattia del turista insorta prima della partenza con conseguente condanna per il *tour operator* a restituire quanto già pagato dal turista»). Ancora, secondo S. NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, cit., p. 543 s., è possibile effettuare altra distinzione proprio nell'ambito della categoria del sopravvenuto venir meno dell'interesse del creditore alla prestazione: tale ipotesi secondo l'A. potrebbe, infatti, "ingenerare" un caso di impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione solo in caso di impossibilità connessa ad un evento proprio della sfera creditoria, seppure non imputabile al creditore, di talché dovrebbe parlarsi (p. 544) in termini di oggettiva inutilizzabilità della prestazione ove «il venir meno dell'interesse creditorio dipenda da un fattore esterno al creditore», tale per cui quest'ultimo, pur ancora in grado di ricevere la prestazione, non vi abbia tuttavia ulteriormente interesse, la prestazione avendo ormai incarnato i caratteri di (per quanto soggettivamente relativa) inutilità.

⁽⁴³⁾ Così F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Corr. giur.*, 2008, cit., p. 928.

rapporto tra fattispecie ed effetti, nell'ambito del sopravvenuto venir meno dell'elemento causale al quale viene per lo più ricondotto l'intero schema risolutivo⁽⁴⁴⁾.

In linea, pertanto, con una visione della causa contrattuale in termini non più di "funzione economico sociale del contratto" quanto, piuttosto, di motivo oggettivato in stipula, e con la moderna tendenza a considerare l'automatico scioglimento del contratto (con diritto alla restituzione delle prestazioni già effettuate) di cui all'art. 1463 c.c. in termini di generale rimedio alla totalità delle ipotesi di sopravvenuta carenza dell'elemento funzionale del contratto promanante da causa non imputabile ai contraenti, anche la sentenza qui in commento stabilisce come la sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione, non imputabile a nessuno dei contraenti, e a prescindere dalla distinzione concettuale rispetto alla oggettiva impossibilità sopravvenuta della prestazione, stabilisce che il contratto deve intendersi sciolto.

Tale impostazione, pertanto, comporta la necessità di approfondire il profilo della inimputabilità alla sfera creditoria della fattispecie causativa della inutilizzabilità prestazionale⁽⁴⁵⁾: più che nel caso di oggettiva inutilizzabilità della prestazione dipendente da fattore esterno al creditore, infatti, è soprattutto nel caso della sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione derivante da evento rientrante nella sfera del creditore che si profila la questione principale in tema di allocabilità del rischio, facente capo ad un soggetto, nell'ambito della sfera dell'altra parte negoziale, con evidenti conseguenze sul piano dell'intero equilibrio contrattuale⁽⁴⁶⁾.

Non sempre, quindi, l'impossibilità per creditore di ricevere od utilizzare la prestazione può portare allo scioglimento del rapporto negoziale, in quan-

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Cass., 24 aprile 1982, n. 2548, cit.; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.

⁽⁴⁵⁾ ^A dimostrazione di ciò vi è la circostanza in base a cui il diverso orientamento che tende a negare rilevanza alla impossibilità per il creditore di ricevere la prestazione (cfr. Cass., 9 novembre 1994, n. 9304, cit.; App. Milano, 1° marzo 1996, cit.), risulta basato sul problema della allocazione del rischio derivante dalla inutilizzabilità, e non su una idea di distinzione formale tra irricevibilità e inutilizzabilità da una parte, e impossibilità dall'altra.

⁽⁴⁶⁾ Sulla distinzione in parola v. L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 121 ss.

to proprio a partire dalla normativa in materia di *mora accipiendi* è possibile inferire il principio in base al quale in ogni ipotesi d'inutilizzabilità della prestazione promanante da fatto imputabile al creditore, ovvero in ogni caso in cui venga meno l'interesse a causa di vicende personali sempre ascrivibili al creditore, quest'ultimo non potrà dirsi liberato dai propri obblighi negoziali.

Si tratta, pertanto, di determinare le conseguenze delle ipotesi d'inutilizzabilità od irricevibilità della prestazione derivanti da cause che, per quanto inimputabili al creditore, rientrino nella sfera personale esclusiva di quest'ultimo: la materia si profila, certamente, in forte connessione con quella della *mora accipiendi* e, in particolare, con l'ambito della rilevanza assunta nella medesima dalla imputabilità, al creditore, dell'evento impeditivo a ricevere la prestazione⁽⁴⁷⁾.

Secondo la decisione in commento, in sostanza, anche il creditore può invocare lo scioglimento contrattuale per irricevibilità od inutilizzabilità della prestazione, in tal modo rinvenendosi «una sorta di rapporto speculare tra *mora debendi* e *mora accipiendi* tale per cui sia per il debitore sia per il creditore gli eventi esterni alla rispettiva sfera di controllo assumono valenza liberatoria, fermo restando il problema se l'effetto esimente debba ricollegarsi ad una mera assenza di colpa o, come sembra più corretto, ad un'analisi delle rispettive sfere di controllo ed organizzazione, con attribuzione del valore liberatorio ai soli eventi estranei a tali sfere»⁽⁴⁸⁾.

5. Uno degli elementi di maggior interesse della sentenza qui in commento può dirsi, quindi, il risultato della disamina del rapporto tra causa ed interesse delle parti, disamina in base a cui risulta rinvenibile un nesso tra so-

⁽⁴⁷⁾ *Contra*, come ricorda anche L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 126 ss., quella parte della dottrina ispirata alla tedesca *sphärentheorie*, la quale si profila complanare alla impostazione basata sulla c.d. *mora inculcata*, in base a cui il creditore risponderebbe della impossibilità di ricevere la prestazione anche in caso di impossibilità a lui non imputabile. In realtà, in tal modo il creditore dovrebbe in ogni caso ritenersi tenuto ad eseguire la controprestazione, dovendo sempre rispondere d'irricevibilità od inutilizzabilità della prestazione, senza poter tentare la via dello scioglimento contrattuale.

⁽⁴⁸⁾ F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, cit., p. 930.

pravvenuta carenza d'interesse di un contraente e funzione concretamente svolta dal contratto: come in alcuni precedenti citati⁽⁴⁹⁾, anche nella presente pronuncia trova applicazione il concetto di causa in concreto non più alla patologia causale propria del momento genetico del contratto, bensì a quella propria del momento esecutivo (difetto sopravvenuto di causa), con conseguente assunzione del concetto di causa concreta a criterio valutativo per stabilire – ormai ben lungi dal rischio, proprio del concetto di causa come “funzione economico-sociale”, di una forzosa complanarità di causa e tipo contrattuale – la oggettiva convenienza o meno, per l'impianto contrattuale tutto, della sua conservazione ovvero del suo scioglimento⁽⁵⁰⁾: è dallo scopo espresso nel motivo oggettivato in stipula, infatti, che si rinviene l'effettiva utilità della prestazione per il creditore.

D'altra parte, dalla normativa in materia di impossibilità può ricavarsi come non possa rimettersi al solo creditore la valutazione sulla persistenza o meno dell'interesse, dovendo al contrario ricorrersi all'imparzialità e terzietà del giudice il quale, come esplicitamente indicato *ex artt.* 1256 e 1457 c.c. (norme che fanno riferimento proprio al titolo dell'obbligazione quale criterio di riferimento per valutare l'interesse creditorio), dovrà basarsi sulla fonte contrattuale⁽⁵¹⁾ valorizzando poi, attraverso il ricorso al parametro del-

⁽⁴⁹⁾ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit.; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.

⁽⁵⁰⁾ In proposito, non può non rilevarsi l'opinione contraria ascrivibile ad autorevole dottrina (cfr. G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 206; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 269; ID., v. *Obbligazione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 21) la quale osserva come nelle obbligazioni di promanazione contrattuale la valorizzazione dell'interesse delle parti sia passibile di contrastare il principio d'irrelevanza dell'errore sul motivo. È tuttavia proprio il riferimento alle norme sulla impossibilità sopravvenuta a porre in evidenza come a rilevare sia l'interesse risultante dal titolo (in quanto tale non qualificabile come mero motivo bensì come elemento funzionale del vincolo obbligatorio), e non l'utilità mediata perseguita da ciascuna parte attraverso la stipula (interesse permanente, per lo più, inespresso).

⁽⁵¹⁾ Cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 1991, p. 44; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, cit., p. 273.

la buona fede⁽⁵²⁾, la “utilità mediata” di cui il creditore intendeva giovare con la stipula: in tal senso il precedente su cui risulta in parte basata la decisione qui in commento⁽⁵³⁾.

6. Parte della dottrina, in proposito, ha avuto modo di avanzare perplessità con riferimento a quanto deciso dal più volte ricordato precedente (Cass. 26958/2007) sul quale risulta, nella sostanza, basata la decisione qui in commento. Il maggior dubbio sarebbe rinvenibile in capo ad una valorizzazione della inimputabilità dell'evento recante inutilizzabilità della prestazione, da parte del creditore, tale da costringere controparte (il *tour operator*) ad “accollarsi” gli esiti negativi dell'evento medesimo (nella fattispecie qui in commento, sopravvenuta malattia): in sintesi, l'evento non necessariamente

⁽⁵²⁾ In ordine alla buona fede come criterio di adeguamento del rapporto negoziale, v. S.P. CERRI, *Adeguamento contrattuale e tutela del contraente debole*, in questa *Rivista*, 2017, p. 165 ss.

⁽⁵³⁾ Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit. Sul punto v. anche A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, cit., p. 277, il quale sottolinea l'eccezione per le ipotesi nelle quali il creditore espressamente enunci tale finalità nel contratto. *Contra*, E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. e impr.*, 2009, cit., p. 168, il quale avanza i propri dubbi in ordine all'altro profilo, rinvenuto dalla Corte nella sentenza dall'A. commentata, concernente la inesigibilità promanante da buona fede e improntata ai valori costituzionali. Sulla inesigibilità, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1089 s.; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., pp. 8-11; F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 27 ss.; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, pp. 432-435; G. SANTUCCI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in A. BURDESE, E. MOSCATI (a cura di), *I modi di estinzione*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, III, Padova, 2008, pp. 658-660. Tale inesigibilità ha trovato, nel diritto tedesco, positivizzazione nell'istituto dell'*Unzumutbarkeit*, codificato in tempi non troppo risalenti nel BGB (§ 275, 3° comma), su cui v. le disamine critiche di M. LÖWISCH, § 275, in J. STAUDINGER, H. KADUK, M. LÖWISCH, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2*, Berlin, 2004, par. 90 ss.; ma v. anche C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni* (trad. it. a cura di G. De Cristofaro), Padova, 2003, p. 14, che sottolinea come risulti maggiormente opportuno parlare, in proposito, di “impossibilità personale”; S. GREINER, *Ideelle Unzumutbarkeit*, Berlin, 2004, *passim*; A. FEHRE, *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung*, Berlin, 2005, p. 55 ss.; H.P. WESTERMANN, P. BYDLINSKI, R. WEBER, *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2007, pp. 116-118; v. infine, per una comparazione tra ordinamento italiano e tedesco, E. FERRANTE, *L'impossibilità della prestazione: alcune variazioni sul tema della concordanza fra BGB e codice civile italiano*, in *Contr. e impr./Europa*, 2004, p. 751 ss.

dovrebbe «condurre allo scioglimento del vincolo contrattuale bilaterale», quantomeno «senza neppure un meccanismo indennitario a favore della parte cui l'evento risulta sia non imputabile sia del tutto “estraneo”»⁽⁵⁴⁾.

Secondo tale impostazione critica sarebbe necessario tenere conto di una prima distinzione di tipo casistico in base a cui, a proposito del rapporto tra interesse creditorio e corretta allocazione dei rischi, sia possibile conferire all'interesse dedotto in contratto il giusto valore ai fini ricostruttivi dell'impianto causale ma valutando al contempo, caso per caso, le fattispecie nelle quali la sopravvenuta carenza di interesse sia concretamente suscettibile di far ricadere i propri effetti sull'intero contratto. In particolare, tale parte della dottrina sostiene l'importanza di mantenere distinte tre ipotesi fondamentali, in cui la sopravvenuta carenza d'interesse creditorio: *a)* in quanto sia inimputabile al creditore che estranea alla sua sfera soggettiva, può ricadere sull'intero contratto; *b)* in quanto imputabile al creditore, deve ritenersi irrilevante; *c)* in quanto inimputabile al creditore ma inerente alla sua sfera soggettiva, può portare allo scioglimento del rapporto rendendo, tuttavia, necessario apprestare una tutela di tipo indennitario nei confronti di controparte⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, loc. ult. cit.

⁽⁵⁵⁾ Così F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, cit., p. 932, secondo il quale detta distinzione fondamentale varrebbe «ad evidenziare la fondamentale rilevanza che per la concreta ricostruzione dell'assetto funzionale del contratto viene ad assumere una norma sino ad oggi alquanto negletta, e cioè quell'art. 1174 c.c. che enuncia appunto il principio per cui l'obbligazione deve rispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore». Secondo l'A., il «taglio estremamente astratto» con cui risulta *ab origine* concepito l'art. 1174 c.c. non impedisce di conferire alla norma la funzione dalla medesima nel concreto rivestita, cioè a dire quella di «evidenziare la rilevanza che l'interesse del creditore ha non solo sul sorgere dell'obbligazione, quanto sulla sua stessa persistenza. Qualora, infatti, l'art. 1174 c.c. sia valorizzato (...) all'interno (non della singola obbligazione atomisticamente intesa bensì) del complessivo rapporto contrattuale (...), finisce per rivelare sia la rilevanza che l'interesse del singolo creditore ha all'interno del rapporto contrattuale, sia la ricaduta che sul rapporto medesimo può avere il sopravvenuto venir meno dell'interesse». Sul punto v. anche ID., *La patrimonialità della prestazione e l'interesse del creditore. Brevi note sull'art. 1174 c.c.*, in *Jus*, 2006, p. 485.

Alla luce di quanto già sostenuto in epoca risalente⁽⁵⁶⁾ (anche sulla scorta di norme come quelle di cui agli artt. 1256, 1457, 1464, 2° comma c.c.), e cioè che l'interesse, in quanto fondamento del diritto di credito, non dovrebbe venire meno senza anche comportare l'estinzione dell'obbligazione, l'impostazione critica di cui trattasi: *a)* pone, anzitutto, il dubbio se siano applicabili le previsioni in tema d'impossibilità sopravvenuta della prestazione e se il creditore sia, quindi, tenuto ad effettuare la controprestazione⁽⁵⁷⁾; *b)* sottolinea come l'elemento che rende irrealizzabile il conseguimento dell'interesse alla base dell'assunzione dell'obbligazione, porti – anche ove risulti attinente alla sfera soggettiva del medesimo creditore, e inimputabile al debitore – ad estinguere sia l'obbligazione resasi irrealizzabile sia, conseguentemente, l'intero impianto contrattuale con privazione, in capo al debitore, del diritto alla eventuale controprestazione⁽⁵⁸⁾.

In sintesi, il punto maggiormente critico della dottrina in parola può, nelle sue medesime parole, descriversi nella circostanza in base a cui «il principio per cui la “sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del contratto” (...) viene a svolgere un effetto estintivo di tutte le obbligazioni, ivi compresa quella che costituirebbe corrispettivo della prestazione ormai divenuta “inutile”, precludendo la possibilità per il debitore di esigere la controprestazione, pur ancora possibile. In tal modo un evento che concerne la sfera del creditore (pur se ad esso non imputabile), finisce per produrre un effetto negativo nella sfera patrimoniale della controparte, allocando su

⁽⁵⁶⁾ Cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 41 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 43; P. RESCIGNO, v. *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 196. *Contra*, G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., p. 206, nonché F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 2, *Le obbligazioni e i contratti*, I, *Obbligazioni in generale - Contratti in generale*, 4ª ed., Padova, 2004, p. 9, secondo il quale il venir meno dell'interesse è apprezzabile in termini di causa estintiva «dell'obbligazione solo in quanto operi come causa di sopraggiunta inefficacia della fonte generatrice dell'obbligazione».

⁽⁵⁷⁾ Cfr. in proposito C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 44; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 45; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, cit., p. 276; G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., p. 209.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, loc. ult. cit.

quest'ultima un rischio non controllabile. Sul punto, tuttavia, si potrebbe osservare che la "sopravvenuta inutilità" ben può costituire un rischio del creditore che ha chiesto la prestazione, inducendo il debitore a predisporre i mezzi necessari per l'adempimento ed a fare affidamento sul corrispettivo a quest'ultimo connesso. (...) Negare il diritto del debitore (...) al corrispettivo significa, quindi, allocare un danno (i costi delle attività di adempimento) e rifiutare un lucro, facendo rientrare il "conseguimento dello scopo" tra i rischi di impresa del debitore, qualora (...) quest'ultimo sia un imprenditore. Rischio che sarebbe difficilmente ammortizzabile, in quanto l'interesse del creditore costituisce fattore esterno alla sfera di controllo del debitore, come tale non preventivabile», con la conseguenza che «non pare corretto allocare sempre sul debitore medesimo un evento che concerne piuttosto il destinatario della prestazione e che dovrebbe quindi gravare su di esso, anche in considerazione del fatto che il più delle volte (...) si tratta di un fattore che il creditore può meglio prevedere e calcolare. Su un piano più concreto, si potrebbe ragionare escludendo il diritto del debitore al corrispettivo qualora il "conseguimento dello scopo" si sia verificato prima della predisposizione dei mezzi necessari per l'adempimento della prestazione, mentre, ove si sia verificato successivamente, si potrebbe riconoscere al debitore (creditore della controprestazione) una indennità parametrata su un raffronto tra i costi già affrontati e l'utile atteso in caso di regolare esecuzione. Per contro, ben potrebbe configurarsi, a carico del debitore stesso, un'obbligazione (discendente dai principi di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175-1375 c.c., ma anche dall'art. 1227, comma 2, c.c.) di attivarsi in ogni caso per eliminare quanto più possibile le eventuali conseguenze dannose»⁽⁵⁹⁾.

Al di là del dubbio da ultimo avanzato da tale parte della dottrina e che, per motivi legati al rischio d'impresa (di cui si dirà a breve) trova ampio accordo in chi scrive, l'A. sostiene l'importanza di «verificare se un più corretto riequilibrio delle posizioni delle parti a seguito dello scioglimento del contrat-

⁽⁵⁹⁾ Cfr. F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, cit., p. 933; evidenza inoltre la rilevanza dei criteri di allocazione dei rischi, ai fini dello studio della risoluzione per impossibilità, L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 1 ss.

to, possa transitare tramite l'impiego di un meccanismo indennitario, tale da ristorare parzialmente il debitore dei costi organizzativi affrontati per adempiere l'obbligazione in vista del corrispettivo»⁽⁶⁰⁾, in ovvio contrasto, tuttavia, «con il meccanismo di scioglimento totale del contratto senza indennità» di cui all'art. 1463 c.c., ed apprestando una base concettuale dell'ipotetico diritto ad un'indennità «a favore della parte che abbia comunque predisposto la prestazione divenuta inutile» da rinvenirsi nella norma di cui al successivo art. 1464 c.c.: si tratterebbe in definitiva, secondo tale orientamento, non solo di «valorizzare il sopravvenuto venire meno dell'interesse del creditore come fattore idoneo ad estinguere l'obbligazione e, conseguentemente, il rapporto contrattuale che tale obbligazione venga a contemplare all'interno del sinallagma», ma anche di «ricollegare a tale estinzione una forma di tutela indennitaria per il debitore-creditore privato del diritto alla controprestazione per un fattore del tutto estraneo alla sua sfera organizzativa»⁽⁶¹⁾.

In realtà, ricordando come la sentenza qui in commento si profili come importante spunto per una rimediazione, sulla scia di altre decisioni non troppo risalenti⁽⁶²⁾ – nonché complanari ad una moderna visione del concetto di *contractualis utilitas* – dell'istituto della impossibilità sopravvenuta liberatoria, nonché per una moderna impostazione riguardo alla valutabilità dei relativi effetti sulla categoria dei contratti di scambio⁽⁶³⁾, può risponderci, all'orientamento di cui ora si è fatto cenno, come segue.

È opportuno partire, anzitutto, da una distinzione tra ipotesi che in via di principio si connotano per il fatto che, pur rimanendo, la prestazione-attività, di per sé possibile non essendovi alcun ostacolo allo svolgimen-

⁽⁶⁰⁾ F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, loc. ult. cit.

⁽⁶¹⁾ F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, cit., p. 934.

⁽⁶²⁾ Può quindi dirsi superata l'impostazione di cui alla risalente Cass., 26 marzo 1947, n. 432, cit., seguita, in tempi più recenti, da Trib. Napoli, 23 luglio 1984, cit., e da App. Milano, 1° marzo 1996, cit.

⁽⁶³⁾ Il riferimento è, nello specifico, a Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit., nonché a Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit.

to della condotta obbligatoria, per circostanze inimputabili ad alcuna parte contrattuale la prestazione-risultato assume i caratteri di oggettiva impossibilità: *a*) ove tuttavia il risultato risulti raggiunto senza che il debitore abbia adempiuto⁽⁶⁴⁾ il creditore sarà comunque soddisfatto, con conseguente “estinzione dell’obbligazione per puro conseguimento dello scopo” (c.d. *Zweckerreichung*)⁽⁶⁵⁾, caso in cui parte della dottrina correttamente ritiene come la soddisfazione dell’interesse creditorio renda la prestazione-risultato oggettivamente impossibile, valendo il raggiungimento dello scopo in termini di causa di sopravvenuta impossibilità della prestazione-risultato⁽⁶⁶⁾, il risultato essendosi prodotto senza alcun nesso di causalità con l’azione del debitore e, pertanto, in modo alternativo rispetto a quanto contrattualmente stabilito⁽⁶⁷⁾; *b*) ove invece – caso maggiormente complanare a quello

⁽⁶⁴⁾ Con conseguente *Leistungserfolg ohne Leistungshandlung*: cfr. F. WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, München-Berlin, 1965, p. 806. Per la casistica cfr. V. BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, Mohr, 1969, p. 5 s. Cfr. sul punto anche A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, cit., p. 107, spec. nt. 7, nonché R. NICOLÒ, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, Milano, 1936, spec. p. 103 ss.: è bene osservare, infatti, come anche l’adempimento del terzo presupponga un *Leistungserfolg ohne Leistungshandlung*, tuttavia richiedendo un’azione volta a soddisfare il credito sulla base della consapevole finalità solutoria dell’azione medesima.

⁽⁶⁵⁾ Secondo altra parte della dottrina (cfr. G. ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell’adempimento*, Padova, 1937, p. 12), si realizza in tal modo il “diritto del creditore in senso stretto”. Sul punto v. inoltre O. CASCIO, *Estinzione dell’obbligazione per conseguimento dello scopo*, Milano, 1938, *passim* nonché, con particolare riferimento all’ordinamento tedesco, K. SCHMIDT, *Erklärung der Rechtsregel über das Zusammentreffen zweier causae lucrativae*, in *Jahrbücher für die Dogmatik Jhering*, XX, 1882, p. 414 ss.

In ordine ai prodromi storico-giuridici della *Zweckerreichung*, a partire dal concetto di *concursus duarum causarum lucrativarum* e relative osservazioni dei Glossatori, V. BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, cit., spec. pp. 1-5 e 28 ss.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, cit., p. 158.

⁽⁶⁷⁾ In tal senso, *ex multis*, F. WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, cit., p. 806 ss., che sostiene come l’impostazione imperniata sul sopravvenuto venire meno dello scopo negoziale (*Geschäftszweck*) del primo Larenz (cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, 5^a ed., München, 1962, p. 236 ss.), debba ritenersi obnubilativa dei concreti problemi inerenti alla impossibilità della prestazione-risultato. È interessante notare, in proposito, come nell’anno successivo a

deciso nella sentenza qui in commento – la prestazione-risultato non risulti ulteriormente conseguibile per cause inimputabili ad alcuna parte contrat-

quello dell'opera citata il Larenz tratti della *Zweckerreichung* qualificandola come caduta di fondamento negoziale (cfr. K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung "Veränderter Umstände" im Zivilrecht*, München, 1963, p. 91 ss.), istituto che troverà poi codificazione nel novellato § 313 BGB (su cui, *ex multis* S. LORENZ, T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002, p. 197 ss.; P. HUBER-FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung*, München, 2002, p. 231 ss.; D. MEDICUS, *Leistungsstörungenrecht*, in L. HAAS, D. MEDICUS, W. ROLLAND, C. SCHÄFER, H. WENDTLAND, *Das neue Schuldrecht*, München, 2002, pp. 119-122; H.P. WESTERMANN, P. BYDLINSKI, R. WEBER, *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2007, p. 218 ss.; CALVO, *La «codificazione» della dottrina del fondamento negoziale. Contributo allo studio del nuovo § 313 BGB*, in *Contr. e impr./Europa*, 2004, p. 770 ss.), mentre dalla decima edizione del *Lehrbuch des Schuldrechts* (cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 10^{ma} ed., München, 1987, pp. 312, nt. 18 e 315) adotterà l'impostazione di Wieacker, il quale, a sua volta, rinviene i prodromi della tesi della "impossibilità" in E. BÖCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts*, I, 2^a ed., Bonn, 1853, p. 338; F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, I, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853, pp. 255-262; ID., *Beiträge zum Obligationenrecht, III, Die Lehre von der Mora*, Braunschweig, 1855, pp. 413-415; A. VON BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, 1, Erlangen, 1879, p. 460 ss.; H. TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht*, Leipzig, 1900, pp. 25 e 107 s.; M. LESSER, *Der Inhalt der Leistungspflicht. Beiträge zur Lehre von den Schuldverhältnissen nach bürgerlichem Recht*, Breslau, 1909, p. 125 s.; V. BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, cit., pp. 22 s. e 114 ss.; J. RÖDL, *Die Spannung der Schuld. Welches Maß an geistiger, körperlicher und wirtschaftlicher Kraft hat der Schuldner zur Erfüllung der Schuld nach geltendem Recht einzusetzen?*, Berlin, 2002, p. 32. Per l'impostazione secondo la quale conseguire lo scopo equivale, in ogni caso, ad adempimento, cfr. G. HARTMANN, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, p. 32 ss. (seguito in Italia da L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, cit., pp. 1081-1083); E. ECKSTEIN, *Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungerschwerung und verwandte. Umstände und das Schicksal der Gegenleistung*, in *Archiv für Bürgerliches Recht* 37, 1912, p. 462; R. HENLE, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II, Schuldrecht*, Rostock, 1934, p. 416; si verserebbe in un'ipotesi d'adempimento pieno e tecnico e non già, come da altri affermato, in quella dell'adempimento improprio (cfr. G.F. PUCHTA, *Pandekten*, a cura di T. Schirmer, Leipzig, 1877, p. 442 s.; P. HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, p. 166 ss., il quale parla in proposito di *Programmverwirklichung*, ma v. già O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II, München-Leipzig, 1896, p. 145 s., seguito in Italia da F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni. Distinzione fra diritti reali e diritti di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 529 ss.; *contra*, P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 1284 ss.).

tuale⁽⁶⁸⁾ dovrà parlarsi, piuttosto, d'imputabile "frustrazione dell'interesse creditorio" (c.d. *Zweckverfehlung*)⁽⁶⁹⁾.

In sostanza, alla luce di detta importante distinzione, sia nel caso di conseguimento del risultato indipendentemente dalla prestazione-attività del debitore, sia in quello della inimputabile frustrazione dello scopo, l'impossibilità della prestazione propriamente detta ricade, comunque, sulla mera prestazione-risultato⁽⁷⁰⁾: l'impossibilità può quindi dipendere sia da ineseguitività oggettiva della prestazione-attività, sia – ove l'interesse sia soddisfatto nonostante mancanza o inettitudine della prestazione-attività, ovvero in caso di interesse non più conseguibile malgrado la persistente eseguibilità della prestazione-attività⁽⁷¹⁾ – prescindere.

Di conseguenza, sia il puro conseguimento che la frustrazione del moti-

⁽⁶⁸⁾ V. in proposito E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, cit., p. 160, il quale richiama in proposito la casistica riportata da F. WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, cit., p. 810, nonché A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, cit., p. 108, nt. 10.

⁽⁶⁹⁾ Nella dottrina tedesca si distingue tra impossibilità per raggiungimento di scopo (*Zweckerreichung*) e impossibilità per mancato raggiungimento di scopo (*Zweckverfehlung*): caso, quest'ultimo, verificantesi ove divenga del tutto irrealizzabile la soddisfazione dell'interesse creditorio, e non quando il medesimo interesse trovi soddisfazione a prescindere dalla condotta debitoria. Osserva, sul punto, E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, cit., p. 161, nt. 25 (richiamando in proposito anche le osservazioni di A. FEHRE, *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung*, cit., p. 74, e H.P. WESTERMANN, P. BYDLINSKI, R. WEBER, *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 113), come tale seconda casistica non abbia una vera e propria utilità, dal momento che «mentre l'impossibilità sopravveniente della prestazione per conseguimento dello scopo rappresenta una sottospecie autonoma di *objektive Unmöglichkeit* (...) la categoria della *Zweckverfehlung* pare defluire senza resistenze nella fattispecie generale di cui al § 275, comma 1° (tanto nel vecchio quanto nel nuovo testo) BGB, per il caso d'impossibilità sopravvenuta, o di cui al nuovo § 311a (modificativo dei previgenti §§ 306-307) BGB per il caso d'impossibilità originaria».

⁽⁷⁰⁾ In tal senso, *ex multis*, F. WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, cit., p. 791 ss.; L. ENNECCERUS, H. LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1954, p. 306. Per la dottrina italiana, cfr. L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, cit., p. 1076 s.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, cit., p. 106 s.

⁽⁷¹⁾ V. sul punto L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 123 ss.; F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 47 s.

vo oggettivato in stipula possono ritenersi costituire ipotesi di impossibilità della prestazione-risultato e, pertanto, di impossibilità di realizzazione del contratto; ove l'aspirante turista incorra, come nel caso di specie, in una malattia impossibilitante della fruizione dei servizi dell'operatore turistico, il pacchetto turistico, per quanto predisposto ed oggettivamente eseguibile da parte del professionista non potrà, per l'appunto, essere fruito: l'eseguitività del comportamento del *tour operator*, quindi, non può dirsi sufficiente a rendere possibile la completa realizzazione contrattuale ove l'impossibilità ricada, come più volte sottolineato, sulla prestazione-risultato.

Quanto sinora sostenuto trova conferma, per l'appunto, nella disciplina di cui all'art. 1463 c.c.: se tale norma deve intendersi operante in tutti i casi di impossibilità liberatoria (proprio come quello deciso dalla sentenza qui in commento)⁽⁷²⁾, alla questione concernente il rischio della controprestazione che, gravando sul debitore, potrebbe indurre a ritenere legittimo indennizzarlo per attività che eventualmente risultino – sebbene non configuranti soddisfazione della totalità degli interessi dedotti in stipula⁽⁷³⁾ – comunque già apprestate, può risponderci in caso d'impossibilità, alternativamente, che: *a*) ove lo scopo non risulti conseguito, di indennizzo non sia possibile certamente parlare, risultando non rispettato *in toto* il motivo oggettivato; *b*) ove lo scopo risulti anche solo parzialmente conseguito, potrebbe apparire iniquo privare, chi abbia mantenuto una condotta “pro-attiva”, di remunerazione della medesima, controparte vedendo, anche solo parzialmente, attuato l'interesse sotteso alla prestazione-risultato, ancorché ciò non risulti promanante da prestazione-attività dell'altra⁽⁷⁴⁾: in realtà, nei contratti c.dd. a prestazioni cor-

⁽⁷²⁾ Cfr., sul punto, V. BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, cit., p. 19.

⁽⁷³⁾ Si v. in proposito, *ex multis*, P.M. VECCHI, *Buona fede e relazioni successive all'esecuzione del rapporto obbligatorio*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese), IV, Padova, 2003, p. 356 ss.

⁽⁷⁴⁾ Avverso tale impostazione (c.d. *aufwandsbezogene Unmöglichkeitstheorem*) vi sono le riflessioni di V. BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, cit., p. 90 ss.; P. KRÜCKMANN, *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozess, zugleich eine Kritik der Entwürfe Russlands, Ungarns und der Schweiz*, in *AcP*, 1907, p. 257 ss.; ID., P. KRÜCKMANN, *Institutionen des Bürger-*

rispettive vi è una distribuzione dei rischi in capo alle parti coinvolte nell'operazione economica, di talché, anche alla luce della normativa in materia di responsabilità per inadempimento, potrà escludersi detta iniquità in via di principio dal momento che, in generale, sino alla permanenza in vita dell'obbligo di comportamento permane la responsabilità, mentre al momento del venire meno dell'obbligo per impedimento inimputabile alle parti il vincolo deve ritenersi estinto, con conseguente liberazione del debitore.

Ove sulla prestazione-risultato cada la scure della impossibilità inimputabile al debitore, il medesimo può dirsi libero anche da effettuare la prestazione-attività (divenuta inidonea a dare soddisfazione all'interesse del creditore), contestualmente perdendo il titolo giustificativo della controprestazione che non solo non può ulteriormente costituire oggetto di pretesa, ma ove già effettuata dovrà, proprio come nel caso che ci occupa, essere restituita: ciò in quanto, come è stato correttamente osservato, «La rigida specularità causale di prestazione e controprestazione, secondo i dettami dell'art. 1463 c.c., non legittima una redistribuzione compensativa e flessibile del rischio sinallagmatico»⁽⁷⁵⁾.

lichen Gesetzbuches. Ein Lehrbuch für Anfänger, Berlin, 1929, p. 490; A.P. NIKISCH, *Bürgerliches Recht. Das Recht der Schuldverhältnisse*, I, Leipzig, 1947, p. 133; L. ENNECERUS, H. LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 307; J. ESSER, *Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2^a ed., Karlsruhe, 1960, p. 382 s.; F. WIEACKER, *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, cit., p. 808. Per la dottrina italiana cfr. G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, cit., p. 266 ss.; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, cit., p. 128 ss.

⁽⁷⁵⁾ Così E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, cit., p. 165, il quale (richiamando sul punto anche le osservazioni di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 1010-1012), sottolinea inoltre come non faccia eccezione, ma anzi confermi «la rigidità del sinallagma quanto prescritto dall'art. 1464 c.c. per l'ipotesi d'impossibilità parziale, nonché dall'art. 1465 per i contratti produttivi d'effetti reali, ove le regole di corrispettività sono coordinate col principio consensualistico e col brocardo *res perit domino*».

Per l'A. pare doversi escludere, in proposito, anche l'ipotesi d'ingiustificato arricchimento ove, pur alla luce della impossibilità sopravvenuta e inimputabile della prestazione-risultato, vi sia comunque stata una previa dazione di denaro dall'aspirante turista al *tour operator* che, anch'esso liberato dallo scioglimento contrattuale: il professionista, infatti, si troverebbe destinatario di un incremento patrimoniale rivelatosi solo posteriormente privo di causa, potendosi in tal modo generare: a) la legittimazione ad una pretesa restitutoria ex artt. 2041-2042 c.c.,

Al rischio d'impresa, pertanto, può correttamente farsi riferimento al fine di scongiurare il pericolo che la sopravvenuta impossibilità di utilizzo della prestazione in capo al creditore – per fatti che, a prescindere dalla riferibilità alla sfera soggettiva di quest'ultimo, risultino comunque inimputabili ad entrambi i contraenti – desti una impossibilità anche della liberazione delle parti, obbligando il creditore ad indennizzare la controparte ovvero, ancora peggio, ad effettuare la propria prestazione (o, come nel caso di specie, a non poter ricevere in restituzione quanto già versato).

In definitiva, tornando alla disamina delle diverse conseguenze sul contratto di scambio in caso di conseguimento ovvero frustrazione del motivo oggettivato, e ribadendo come in caso d'impossibilità sopravvenuta e a sé non imputabile il debitore debba ritenersi liberato⁽⁷⁶⁾, è opportuno ricordare anche come quest'ultimo, rivestendo contemporaneamente la qualifica di creditore, perderà il diritto a ricevere la controprestazione ovvero, ove già conseguita, avrà l'obbligo di restituirla⁽⁷⁷⁾.

ovvero *b)* in caso di attività già qualificabile in termini di parziale prestazione-risultato, l'ipotesi di cui all'art. 1464 c.c.: la profilabilità di un arricchimento senza causa resterebbe escluso, infatti, sia in caso di mera attività preparatoria che in caso di attività prodromica ad un mero risultato parziale; inoltre, nel caso di specie, non può parlarsi di effettivo arricchimento: spettando al *tour operator*, infatti, solo il pagamento, ed essendosi sciolto l'intero contratto alla luce dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione-risultato, il creditore non può dirsi essersi avvantaggiato dell'attività preparatoria svolta dal professionista non sussistendo, in definitiva, alcun arricchimento da restituire. Anche volendosi ritenere sussistente un arricchimento senza causa vi sarebbe, tuttavia, carenza del presupposto del relativo strumento rimediabile: può dirsi quindi sufficiente, ai fini del rinvenimento di una corretta base concettuale del dispositivo della decisione qui in commento, fare riferimento alla impostazione tradizionale dell'impossibilità.

⁽⁷⁶⁾ Già in PAOLO, D.46.3.61, si stabilisce come il debitore debba ritenersi liberato nel caso in cui la soddisfazione del creditore avvenga a prescindere dall'attività dello stesso debitore. In senso complanare, per la dottrina d'inizio del secolo scorso, anche F. ENDEMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, I, 9^a ed., Berlin, 1903, p. 802; P. KLEIN, *Untergang der Obligation durch Zweckerreichung. Eine Untersuchung auf dem Gebiete des deutschen bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1905, p. 115 ss.; ID., *Ein Beitrag zur Lehre vom Untergang der Obligation durch Zweckerreichung*, in *Archiv für Bürgerliches Recht* 31, 1908, p. 214 ss.; P. KRÜCKMANN, *Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Ein Lehrbuch für Anfänger*, cit., p. 489 ss.

⁽⁷⁷⁾ In questi termini già B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt a.M., 1906, p. 437, spec. nt. 7, il quale, pur non parlando specificamente della *Zweckerreichung*,

7. La sopravvenuta carenza di interesse a ricevere la prestazione in capo al creditore è, quindi, suscettibile di dare adito alla sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione medesima solo ove detta impossibilità risulti connessa e dipendente da circostanza che, per quanto ascrivibile alla sfera soggettiva propria del creditore, non sia a quest'ultimo imputabile, potendo in tal caso parlarsi – alla luce della perdita delle facoltà creditorie necessarie per ricevere la prestazione – di sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore⁽⁷⁸⁾: al contrario dovendo parlarsi, in caso di sopravvenuta carenza d'interesse creditorio dipendente da circostanza non solo inimputabile al creditore, ma anche esterna alla sfera soggettiva del medesimo, di oggettiva inutilizzabilità della prestazione⁽⁷⁹⁾.

In entrambe le ipotesi il contratto dovrà comunque ritenersi sciolto per sopravvenuta irrealizzabilità del motivo oggettivato in stipula, con conseguente liberazione delle parti dai rispettivi obblighi di adempiere⁽⁸⁰⁾.

evidenza nel proprio pensiero una propensione a delineare un concetto più ampio di estinzione di obbligazione per conseguimento di scopo; ma v. anche, per l'affermazione della perdita del diritto alla controprestazione in capo al debitore liberato per conseguimento di scopo, H. TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht*, cit., pp. 26 e 107 s.; F. KLEINEIDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Jena, 1900, p. 140 ss.; A.P. KISCH, *Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen*, Jena, 1900, p. 77 ss.; F. ENDEMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, I, cit., p. 802, nt. 41; P. KLEIN, *Untergang der Obligation durch Zweckerreichung. Eine Untersuchung auf dem Gebiete des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., p. 110 ss.; ID., *Ein Beitrag zur Lehre vom Untergang*, cit., p. 214 ss.; M. LESSER, *Der Inhalt der Leistungspflicht. Beiträge zur Lehre von den Schuldverhältnissen nach bürgerlichem Recht*, cit., p. 125; F. LEONHARD, *Das Schuldrecht des BGB*, I, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, München-Leipzig, 1929, p. 642 ss.; L. ENNECERUS, H. LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 307; H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, pp. 116 e 166 s. *Contra*, E. BARNSTEDT, *Das Merkmal der Rechtsgrundlosigkeit in der ungerechtfertigten Bereicherung*, Berlin, 1940, p. 28.

⁽⁷⁸⁾ S. NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, cit., p. 544.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. sul punto A. SCIALOJA, *Contributi alla teoria del negozio giuridico*, II, *Nullità ed inefficacia*, cit., p. 27.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. S. NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, loc. ult. cit.

In definitiva, la pronuncia ha il merito di avere ribadito il principio del fondamento normativo della complanarità, sul piano dell'efficacia, tra impossibilità della prestazione ed impossibilità della relativa fruizione: ciò, alla luce dell'idea in base a cui il venir meno dell'interesse creditorio alla prestazione per fatto sopravvenuto e non imputabile alle parti, comporti una vera e propria frustrazione della causa concreta su cui il rapporto pone le proprie basi, con conseguente automatica risoluzione contrattuale in quanto, sulla base di quanto dedotto dal precedente su cui risulta basata la sentenza in commento (Cass. 26958/2007), deve farsi riferimento anche a principi di rango costituzionale tra cui, primo fra tutti, quello di inesigibilità⁽⁸¹⁾ che, come dimostrato da buona parte della moderna giurisprudenza, concettualmente si pone in costante relazione con il fondamentale parametro della buona fede⁽⁸²⁾.

⁽⁸¹⁾ In argomento, D. CASTROVINCI, *Il problema della inesigibilità della prestazione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 346; B. INZITARI, *Inesigibilità della prestazione, impossibilità della prestazione per l'embargo contro l'Iraq*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, p. 48; B. DI VITO, *Usura sopravvenuta e inesigibilità della prestazione*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 511. V. inoltre G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, cit., p. 248, secondo il quale «può applicarsi il criterio della inesigibilità in relazione al creditore se quest'ultimo si è astenuto dal cooperare per un giustificato motivo e la prestazione è divenuta impossibile definitivamente. In questo caso, eccezionalmente, il criterio della buona fede può valere per escludere che il creditore debba rispondere dell'impossibilità definitiva determinata dal suo mancato concorso all'adempimento», di talché il criterio della inesigibilità porterebbe, nel caso specifico, a impedire al debitore di pretendere il corrispettivo sulla base della buona fede.

⁽⁸²⁾ Si tratta di varia casistica, afferente a: *a*) nullità per violazione del canone di buona fede nella formazione contrattuale, attraverso l'imposizione di clausola che porti squilibrio nella conduzione del rapporto (cfr. Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2018); *b*) riferimento al canone di buona fede ai fini della eventuale responsabilità risarcitoria, in caso di recesso *ad nutum* della banca dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato (cfr. Cass., 22 novembre 2000, n. 15066, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, p. 115; Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2479; per la giurisprudenza di merito, Trib. Napoli, 8 novembre 2003, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 132); *c*) estensione dell'interpretazione secondo buona fede *ex art.* 1366 ad ipotesi diverse da quella della clausola ambigua (cfr. Cass., 17 febbraio 2004, n. 2992, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 579); *d*) riferimento al canone di buona fede in termini di mezzo di affermazione di gravità dei rispettivi inadempimenti e, conseguentemente di ammissibilità dell'azione di cui all'art. 1460 c.c. (cfr. Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Corr. giur.*, 2005, p. 975); *e*) riferimento al canone di buona fede in termini di criterio determinativo della legittimità del rifiuto del creditore di ricevere la prestazione (cfr. Cass., Sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Contratti*, 2007, p. 597).