CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione

Rel. n. 16 **Roma, 9 febbraio 2009**

Oggetto: Forme di tutela del contraente debole.

SOMMARIO:

1.- Classificazione.
2.- La tutela "economica" del contraente debole.
3.- Trattative prenegoziali.
4.- Tutela del consumatore sul piano del contenuto del contratto.
4.1.- Le clausole "abusive" in generale.
5.- Tutela del consumatore dalle intese anticoncorrenziali.
6.- Tutela del consumatore dalla pubblicità ingannevole.
7.- Tutela del consumatore nel caso di contratti conclusi "a distanza".
8.- La tutela processuale ordinaria e cautelare.
9.- L'azione risarcitoria collettiva.
10.- La c.d. "concertazione" tra imprenditori ed associazioni dei consumatori.
11.- Iniziative de iure condendo dell'Unione Europea.

1.- Classificazione.

Negli ultimi anni numerosissime sono state le norme di fonte sovranazionale, legislativa e regolamentare destinate alla tutela (diretta od indiretta) del consumatore, presunto *iuris et de iure* come contraente debole[1].

Tali norme possono essere variamente classificate.

In base alla fonte, è possibile distinguere tra norme sopranazionali (i regolamenti e le direttive comunitari[2]); norme nazionali primarie di primo e secondo grado[3] (le

[1] Trattasi di presunzione che non sempre è aderente alla realtà, in quanto il consumatore può di fatto essere assai più informato o scaltro del professionista; allo stesso modo il piccolo imprenditore od il piccolo artigiano che acquista beni o servizi dalla grande impresa non è in posizione meno svantaggiata dal consumatore, e cionondimeno gli è negata analoga tutela.

[2] Ad esempio, la direttiva 93/13/CEE sulle c.d. clausole abusive, o la direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi assicurativi.

leggi ordinarie e la legislazione delegata), e norme secondarie (i regolamenti ministeriali o quelli delle autorità di vigilanza).

In base ai soggetti tutelati, è possibile distinguere tre livelli. Al primo livello vi sono le norme dettate a tutela di tutti i contraenti, quale che ne sia la qualifica o la condizione soggettiva, e quale che sia il tipo di contratto da essi stipulato (ad es., art. 1228 o 1460 c.c.). Al secondo livello vi sono le norme del codice civile che prescrivono oneri di forma per la validità delle condizioni generali di contratto predisposte unilateralmente (art. 1341 c.c.). Tali norme si applicano a tutti i contraenti, ma non a tutti i contratti, in quanto ne restano esclusi i contratti le cui clausole abbiano formato oggetto di contrattazione. Al terzo livello, infine, si collocano le norme a tutela del consumatore dettate dal c.d. codice del consumo (ad es., art. 33 d. lg. 6.9.2005 n. 206). Queste ultime si applicano a tutti i contratti, ma non a tutti i contraenti, in quanto ne restano esclusi quelli che hanno stipulato il contratto nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale.

In base al momento in cui si attua la tutela è possibile distinguere tra norme che disciplinano la fase precontrattuale delle trattative (ad esempio, la Circolare Isvap 551/D del 2005 che disciplina l'informativa precontrattuale nell'assicurazione sulla vita), e norme che disciplinano il contenuto e lo svolgimento del contratto (ad es., 33 d.lgs. 206/05).

Infine, **in base all'oggetto** della tutela, è possibile distinguere tra norme che attuano una tutela di tipo economico, e cioè preordinata a garantire la solvibilità del professionista ed il puntuale adempimento delle sue obbligazioni; e norme che attuano una tutela di tipo giuridico, e cioè vòlte a disciplinare il contenuto del contratto e gli obblighi od i diritti delle parti.

In questa sede si esamineranno brevemente dapprima le norme di carattere generale che apprestano tutela al contraente debole (che si tratti di tutela economica, precontrattuale o contrattuale), e quindi le norme degli ordinamenti di settore.

2.- La tutela "economica" del contraente debole.

Sul piano economico la tutela del contraente debole è realizzata attraverso il controllo pubblico di determinate attività d'impresa, ed in particolar modo di quelle finanziarie.

Vengono a tal fine in rilievo tutte le norme che impongono l'obbligo di "*sana e prudente gestione*" agli operatori del mercato finanziario, e quindi:

(a) il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (art. 5, comma 1, d.lgs. 01-09-1993 n. 385);

(b) il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (art. 5, comma 2, d.lgs. 24-02-1998 n. 58);

(c) il codice delle assicurazioni (art. 3 d.lgs. 07-09-2005 n. 209).

---

[3] Sono norme primarie di primo grado quelle che non hanno nella gerarchia delle fonti altre norme sovraordinate, ad eccezione della costituzione; sono norme primarie di secondo grado quelle che, pur avendo forza ed efficacia di legge, debbono essere conformi oltre che alla Costituzione, anche ad altre norme di primo grado: tali sono, ad esempio, i decreti legislativi emessi dal governo su delega parlamentare.

Tutti e tre questi testi unici ed i relativi regolamenti di attuazione, come si vedrà meglio in seguito, sono stati recentemente modificati sotto molteplici aspetti (ivi inclusa la tutela del consumatore) per dare attuazione alla Direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari (c.d. "MiFID" - *Markets in Financial Instruments Directive*), ed alle successive norme comunitarie di adeguamenti (e cioè la Direttiva 2006/73/CE della Commissione, del 10 agosto 2006[4], ed il Regolamento (CE) n. 1287/2006 della Commissione, del 10 agosto 2006[5]).

Alla direttiva MiFID l'Italia ha dato attuazione con il d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164[6], emanato in virtù della legge-delega 20.6.2007 n. 77.

3.- Trattative prenegoziali.

Con riferimento al tema delle trattative precontrattuali il nostro ordinamento non detta norme generali, ma solo disposizioni di settore. In particolare, sono i regolamenti emanati in attuazione dei testi unici sulle tradizionali attività finanziarie (testo unico sull'intermediazione finanziaria, codice delle assicurazioni) a dettare capillari disposizioni sulla condotta precontrattuale della banca, dell'intermediario finanziario o dell'assicuratore (artt. 27 e ss. Delib. CONSOB 16190/07, c.d. regolamento intermediari; artt. 46 e ss. Reg. ISVAP n. 5/2006).

Pur nella diversità apparente delle formulazioni, l'uno e l'altro dei regolamenti appena ricordati pongono a carico dell'intermediario (finanziario od assicurativo) precisi doveri di:

- trasparenza, intesa quale obbligo di riferire la propria qualità ed i propri legami con l'impresa preponente;
- correttezza, intesa quale obbligo di attivarsi per salvaguardare gli interessi del consumatore (c.d. *know your customer rule*);
- adeguatezza, intesa quale obbligo di fornire o proporre prodotti o servizi effettivamente utili per il consumatore (c.d. *suitability rule*);
- informazione, intesa quale obbligo di illustrare in modo chiaro e comprensibile contenuto ed effetti del contratto.

Il dovere di "parlar chiaro", imposto dai testi unici in materia assicurativa e finanziaria, è stato esteso dalla giurisprudenza anche ad ambiti negoziali diversi, e segnatamente ai rapporti tra consumatori e liberi professionisti.

Dapprima fu nel settore della responsabilità medica che si affermò l'obbligo del professionista di fornire al paziente una informazione chiara, esaustiva, completa e comprensibile sulla natura, sui rischi e sulle possibilità di successo dell'intervento

---

[4] Recante "*modalità di esecuzione della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti di organizzazione e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva*".

[5] Recante "*modalità di esecuzione della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda gli obblighi in materia di registrazioni per le imprese di investimento, la comunicazione delle operazioni, la trasparenza del mercato, l'ammissione degli strumenti finanziari alla negoziazione e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva*".

[6] Recante "*Attuazione della direttiva 2004/39/CE relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE, 93/6/CEE e 2000/12/CE e abroga la direttiva 93/22/CEE*".

(Cass. 25.11.1994 n. 10014; Cass. 15.1.1997 n. 364; Cass. 28.11.2007 n. 24742; Cass. 26.9.2006 n. 20832).

Dal settore della responsabilità del medico il principio del "consenso informato" è stato esteso dapprima a quello della responsabilità del notaio, tra i cui obblighi è stato ritenuto fondamentale quello di informare il cliente di qualsiasi circostanza possa essere rilevante per l'utilità e la validità dell'atto, ivi comprese quelle della cui esistenza il notaio abbia anche soltanto un sospetto, e persino quando le parti lo abbiano esonerato dalle visure, poiché egli è tenuto comunque all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata di cui all'art. 1176, 2º comma, c.c. e della buona fede (Cass., sez. III, 06-04-2001, n. 5158; Cass. 28.11.2007 n. 24733).

Quindi è stata la volta della responsabilità dell'avvocato, a carico del quale è stato ritenuto sussistere un analogo di informare il cliente delle caratteristiche del giudizio e delle scelte che è necessario compiere a pena di decadenza (Cass., sez. II, 19-11-2004, n. 21894).

4.- Tutela del consumatore sul piano del contenuto del contratto[7].

[7] La bibliografia sui c.d. contratti del consumatore è estremamente ampia. Oltre la bibliografia citata nelle note in calce al testo che segue, si vedano anche, tra le opere monografiche o comunque che affrontano il problema da un punto di vista generale, AA.VV., Repertorio di giurisprudenza sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, Milano, 2004; SCIANCALEPORE e STANZIONE, Prassi contrattuali e tutela del consumatore, Milano, 2004; ALPA e PATTI (a cura di), Clausole vessatorie nei contratti del consumatore (art. 1469 bis-1469 sexies), Milano, 2003; CASPANI, I consumatori e la giustizia, Piacenza, 2002; Cesàro (a cura di), Clausole vessatorie e contratto del consumatore (art. 1469 bis seg.), Padova, 2001; CHINÈ, Consumatore (contratti del), in Encicl. dir., aggiornamento-IV, Milano, 2000, 400; PODDIGHE, I contratti con i consumatori - vol. I: La disciplina delle clausole vessatorie, Milano, 2000; AA.VV., Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore (art. 1469 bis-1469 sexies), Padova, 1999; ALPA e CHINÈ, Consumatore (protezione del) nel diritto civile, in Digesto civ., vol. XV, Torino, 1997, Appendice, 541; ROPPO, Clausole vessatorie (nuova normativa), in Encicl. giur., vol. VI, Roma, 1996, *ad vocem*.
Per l'analisi di singoli aspetti, si vedano LAMORGESE, Clausole abusive e criteri di rilevazione: un itinerario giurisprudenziale, in Nuova giur. civ., 2004, II, 509; CALVO, La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2004, 869; IAIONE, I contratti del consumatore - La trattativa collettiva delle clausole vessatorie, in Contratto e impr., 2004, 699; SIRENA, L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto, in Riv. dir. civ., 2004, I, 787; REICH, Il consumatore come cittadino - Il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione europea, in Nuova giur. civ., 2004, II, 345; DELLI PRISCOLI, «Consumatore», «imprenditore debole» e principio di uguaglianza, in Contratto e impr. - Europa, 2003, 749; VIOLANTE, L'interpretazione «conforme» della nozione di consumatore, in Rass. dir. civ., 2003, 970; PIZZOLANTE, La nozione di «consumatore» nel diritto comunitario e nel diritto italiano, in Dir. comm. internaz., 2003, 319; GABRIELLI, Sulla nozione di consumatore, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2003, 1149; AA.VV., Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori - L'integrazione europea e il processo civile (materiali del seminario del 12 luglio 2002), Milano, 2003; DE PANFILIS, La nozione di consumatore nella normativa interna attuativa delle direttive comunitarie, in Notiziario, 2001, 327; AZZARO, Tutela del «consumatore» e regolazione del mercato, in Giust. civ., 2003, II, 237; BONOFIGLIO, L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469 bis c.c., in Nuova giur. civ., 2003, I, 178; SABATUCCI, Ambito di applicazione dell'art. 1469 bis cpv. c.c. e questioni di legittimità costituzionale, in Resp. civ., 2003, 668; PERFUMI, La nozione di consumatore tra ordinamento interno, normativa comunitaria ed esigenze del mercato, in Danno e resp., 2003, 701; MENGOZZI, La nozione di consumatore, la direttiva Cee 93/13 ed il diritto italiano, in Contratto e impr. - Europa, 2002, 54; SANNA, La controversa nozione di consumatore ex art. 1469 bis c.c. tra esegesi ed ermeneutica, in Resp. civ., 2002, 56; LO IUDICE, *Forme di tutela sostanziale e preventiva del consumatore*, in Giust. civ., 1997, II, 351; CAPOBIANCO E., La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori (art. 1469 bis-1469 sexies c.c.); AA.VV., Commento alla l. 6 febbraio 1996 n. 52 (art. 1469 bis-1469 sexies c.c.), in Impresa, 1996, 453; DI MARZIO, Clausole vessatorie nel contratto tra

Le norme vòlte a tutelare il consumatore sul piano contrattuale sono molto numerose[8], al punto che non sempre ne è facile il coordinamento reciproco. Il legislatore ha dettato sia norme generali, valide cioè per tutti i contratti conclusi dal consumatore[9]; sia norme speciali, che però non sono classificabili secondo un criterio ordinante unitario. Alcune norme sono infatti applicabili in ragione del *tipo di contratto* concluso dal consumatore (ad es., norme a tutela del consumatore nei contratti bancari[10], finanziari[11], assicurativi, di viaggio, ecc.); altre in ragione *del modo* in cui è stato concluso il contratto (ad es., norme a tutela dei consumatori che concludono contratti a distanza o fuori dei locali commerciali).

Anche dal punto di vista dell'oggetto le norme a tutela del consumatore sono molto diverse: alcune si limitano a fissare dei precetti del tutto generali e privi di sanzione[12], altre come si è visto dettano regole di condotta da osservare nella fase delle trattative; altre ancora dettano il contenuto inderogabile del contratto.

Il primo problema posto dall'art. 3, comma 1, lettera (a), d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (riproduttivo del vecchio testo dell'art. 1469 *bis* c.c.) è quello della esatta perimetrazione della **nozione di consumatore.** Secondo la legge, tale è la persona fisica che abbia stipulato il contratto "per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta". La disciplina dei contratti del consumatore non si applica quindi:

(a) ai contratti stipulati tra persone giuridiche od enti non riconosciuti;

(b) ai contratti stipulati da persone fisiche che agiscono quali imprenditori o professionisti, e destinati all'esercizio dell'impresa o della professione. La legge individua dunque i contratti "del consumatore" non in base ad una qualità oggettiva dei contraenti o di uno di essi, ma in base alle finalità per cui essi operano (l'uno, il

---

professionista e consumatore - Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà, in Giust. civ., 1996, II, 513.

[8] L'irruzione nel nostro panorama giuridico della nozione di "consumatore" e l'emersione di una legislazione *ad hoc* a sua tutela sono il frutto dell'adeguamento all'ordinamento comunitario. Provvedimento normativo capostipite, in tal senso, è la Direttiva del Consiglio 05-04-1993, n. 93/13 ("Concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori"), cui ha dato attuazione - in modo, all'inizio, non del tutto puntuale - l'art. 25 l. 6 febbraio 1996, n. 52 (legge comunitaria per il 1994) (per una disamina dello "scarto" tra le previsioni della Direttiva e quelle della legge di attuazione, si veda Alpa, *L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio,* in Riv. trim. dir. proc. civ. 1999, 1173). Con questa legge, venne introdotto nel Libro, IV, Titolo II, del codice civile, un nuovo capo (XIV *bis*, artt. 1469 *bis* e ss.), dedicato "ai contratti del consumatore". Successivamente, con la l. 30.7.1998 n. 281 ("Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti") vennero dettate - tra l'altro - norme generali sulla legittimazione ad agire delle associazioni di consumatori. Da ultimo, sia le norme introdotte nel codice civile, sia la l. 281/98, insieme a molte altre disposizioni speciali (in tema ad es. di multiproprietà od agenzie di viaggi) sono state raccolte in un testo unico, denominato "Codice del consumo" (d. lg. 6.9.2005 n. 206).

[9] Ad es., gli artt. 33 e ss. d.lgs. 206/05.

[10] Artt. 121 e ss. d.lgs. 1.9.1993 n. 385.

[11] Cfr. ad es., la Sezione II del Provvedimento del Governatore della Banca d'Italia 25 luglio 2003 in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi degli intermediari finanziari (in Gazz. Uff. 19 agosto 2003, n. 191, serie generale, supplemento ordinario).

[12] Un perfetto esempio di vaniloquio è rappresentato dall'art. 2, comma 1. d.lgs. 206/05, ove si legge: "*sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni*". Una norma di questo tipo non sfugge all'alternativa: o i "diritti ed interessi" di cui è in essa menzione vanno individuati con riferimento ad altre disposizioni, ed allora la norma è superflua; ovvero si prescinde da tale rinvio, ed allora la norma è inutile per la sua genericità.

professionista, nel quadro dell'attività d'impresa; l'altro, il consumatore, al di fuori di tale attività), con la conseguenza che due contratti identici nella struttura, nella forma e nel contenuto, potranno essere assoggettati a normative diverse a seconda della veste in cui una delle parti dichiari di agire[13].

Pertanto deve essere considerato "consumatore" anche l'imprenditore od il professionista, quando conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale[14].

Non poche incertezze, invece, hanno suscitato tre particolari problemi, due dei quali tuttora insoluti:

(a) se possa considerarsi "consumatore" la piccola società di persone, o la piccola società di capitali, o comunque enti diversi dalle persone fisiche, che non agiscano per finalità d'impresa;

(b) quando un contratto possa dirsi concluso per scopi "estranei" all'impresa;

(c) quale sia la disciplina applicabile ai contratti "promiscui", e cioè conclusi per soddisfare nello stesso tempo sia esigenze dell'impresa, sia esigenze personali dell'imprenditore.

Il primo problema, dopo qualche incertezza iniziale, può ritenersi superato: è ormai pacifico che la disciplina sui contratti del consumatore non possa applicarsi a soggetti diversi dalle **persone fisiche**, quale che ne sia la natura e quali che siano le finalità avute di mira nello stipulare il contratto[15].

Il secondo problema (quali siano gli **"scopi estranei all'impresa"**) è invece tuttora oggetto di qualche incertezza. Queste ultime nascono dal fatto che l'esercizio di qualsiasi attività imprenditoriale o professionale richiede la stipula di contratti che ne costituiscono l'oggetto proprio (la prestazione d'opera per l'avvocato; la vendita per il commerciante), ma anche la stipula di contratti che, pur non costituendo l'oggetto dell'attività d'impresa, sono a quest'ultima variamente collegati: ad esempio, il contratto di appalto avente ad oggetto la pulizia della sede dell'azienda.

In merito all'applicabilità, a quest'ultimo tipo di contratti, delle norme a tutela del consumatore, sono emersi in giurisprudenza due orientamenti.

Secondo l'orientamento che parrebbe maggioritario, la sussunzione o meno del contratto negli "scopi" dell'impresa va intesa in senso oggettivo ed in modo ampio. Non sarebbe dunque necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio

---

[13] E' stato perciò osservato che la nuova disciplina adotta una formula definitoria di così sconfinata latitudine da potersi estendere ad ogni tipo di contratto, e quindi da risultare priva di utilità pratica (LA TORRE, Contratti di assicurazione e tutela del consumatore, in Assicurazioni, 1996, I, 129).

[14] Cass. [ord.], sez. III, 11-10-2002, n. 14561, in Corriere giur., 2003, 1006, con nota di CONTI, nonché in Nuova giur. civ., 2003, I, 174, con nota di BONOFIGLIO.

[15] Corte giustizia Comunità europee, 22-11-2001, n. 541/99, 542/99, in Foro it., 2001, IV, 501, ove si afferma che "una persona diversa da una persona fisica, che stipula un contratto con un professionista, non può essere considerata consumatore". L'opinione è stata condivisa anche dalla Corte costituzionale, la quale ha escluso che questa interpretazione sia contraria a Costituzione (Corte cost., 22-11-2002, n. 469, in Foro it., 2003, I, 332; Arch. civ., 2003, 136; Cons. Stato, 2002, II, 1713; Impresa, 2002, 1951; Giust. civ., 2003, I, 290; Contratti, 2003, 653). Ha escluso l'applicabilità agli artigiani delle norme sui consumatori Giudice di pace Benevento, 17-05-1999, in Giudice di pace, 2000, 322.

dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che venga posto in essere per uno scopo anche semplicemente "connesso" all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale[16].

Questo orientamento sembra condiviso anche dalla Corte di Lussemburgo, secondo la quale per definire la nozione di consumatore (da interpretare, si precisa, "restrittivamente"), "occorre riferirsi al ruolo di tale persona in un contratto determinato, rispetto alla natura ed alla finalità di quest'ultimo, e non invece alla situazione soggettiva di tale stessa persona". Di conseguenza, "soltanto i contratti conclusi al fine di soddisfare le **esigenze di consumo privato** di un individuo rientrano nelle disposizioni di tutela del consumatore in quanto parte considerata economicamente più debole"[17].

Questo orientamento è stato condiviso dalla giurisprudenza più recente della S.C., secondo cui è "consumatore" soltanto chi concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività. Deve, invece, essere considerato "professionista" tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che utilizzi il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale. Perché ricorra la figura del «professionista» non è pertanto necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che esso venga posto in essere per **uno scopo connesso** all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale[18].

Secondo un diverso orientamento, invece, per stabilire se la parte di un contratto possa qualificarsi "consumatore", occorre avere riguardo non già al bene o servizio acquistato, ma alla natura del contratto: sicché deve ritenersi consumatore anche l'imprenditore che stipuli un contratto non costituente l'oggetto tipico della sua attività imprenditoriale, a nulla rilevando che il bene o servizio acquistato siano destinati all'esercizio d'impresa[19].

Il primo dei due orientamenti appena ricordati si fonda sulla lettera dell'art. 1469 *bis* c.c. nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. 206/05 ("il professionista è la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al primo comma"). La Corte di cassazione ha infatti ritenuto che l'impiego, da parte del legislatore, della parola

---

[16] Cass., sez. I, 25-07-2001, n. 10127, in Giur. it., 2002, 543, con nota di FIORIO, nonché in Contratti, 2002, 338, con nota di CASERTA; in Vita not., 2001, 1330; in Giust. civ., 2002, I, 685, con nota di DI MARZIO; in Nuova giur. civ., 2002, I, 630, con nota di RINALDI; nello stesso senso, App. Milano, sez. I 18-12-2001, in *Giurisprudenza milanese*, 2002, 137 e 151.

[17] Corte giust. Comunità europee, 3 luglio 1997, n. 269/95, in Giust. civ., 1998, I, 11, in Raccolta, 1997, I, 3767, in Resp. civ., 1998, 57, con nota di BASTIANON, in Nuova giur. civ., 1998, I, 344, con nota di RINALDI, in Dir. consumi, 1997, 774, in Resp. comunicazione impresa, 1997, 841, con nota di NIZZO, in Riv. dir. internaz. privato e proc., 1998, 466, in Giust. civ., 1999, I, 13, con nota - molto ben scritta - di COREA, *Sulla nozione di «consumatore»: il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*.

[18] Cass. 8.6.2007 n. 13377.

[19] Trib. Roma 20.10.1999 in Foro it. 2000, I, 645, nonché in Giur. romana 2000, 297; Giust. civ. 2000, I, 2117 con nota di COREA, *Ancora in tema di nozione di «consumatore» e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore*; Contratti, 2000, 442 con nota di MAFFEIS; Disciplina commercio 2000, 590. In dottrina, sul punto, si veda anche COREA, *Sulla nozione di «consumatore»: il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, in Giust. civ., 1999, I, 13.

"quadro" renderebbe evidente che la qualità di consumatore non può essere invocata non solo quando il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione (cioè ne costituisca l'oggetto specifico), ma anche quando sia stipulato con finalità accessorie o strumentali rispetto all'oggetto principale dell'impresa[20].

Il secondo orientamento, invece, ritiene che la disciplina dei contratti del consumatore sia inapplicabile soltanto quando il contratto costituisca "atto della professione" di chi acquista il bene o il servizio. Una diversa interpretazione, che facesse cioè leva sul concetto di scopo per il quale si contratta con il professionista (spostando l'attenzione dal piano oggettivo a quello soggettivo), sarebbe invece contraria alla *ratio* della norma, e per di più porrebbe problemi di difficile soluzione nel caso di contratto concluso per scopi promiscui (per lavoro e personale)[21].

Così riassunti gli argomenti a sostegno delle due tesi contrapposte, la prima di esse appare difficilmente sostenibile dopo l'entrata in vigore del codice del consumo (d.lgs. 206/05). Escludere dal novero dei contratti del consumatore quello concluso dal professionista per scopo promiscuo, o comunque "connesso" all'attività d'impresa poteva trovare un aggancio letterale nel riferimento al "quadro" di tale attività, contenuto nel vecchio testo dell'art. 1469 *bis* c.c.. Tuttavia l'art. 3 d.lgs. 206/05, nel dettare la definizione di "professionista", non lo definisce più come la "*persona (...) che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto*", ma ha adottato una formula ben diversa, e cioè "*la persona (...) che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale*". Dunque il contratto del professionista non è più quello stipulato "nel quadro" dell'attività d'impresa, ma quello stipulato "nell'esercizio" di essa. Tale modifica letterale sembra avallare le ragioni di chi limita la nozione di contratti del professionista a quelli che costituiscono l'oggetto dell'impresa.

Anche il terzo dei problemi sopra elencati (quale sia la disciplina applicabile ai contratti "promiscui") ha dato luogo a soluzioni contrastanti. Le incertezze nascono dal fatto che un contratto, ivi compreso quello di assicurazione, ben potrebbe rivestire per lo stipulante una duplice utilità: sia sul piano lavorativo, sia su quello extralavorativo. Si pensi all'ipotesi del commesso viaggiatore che stipuli un'assicurazione contro gli infortuni, comprensiva sia dei sinistri patiti durante il lavoro, sia di quelli patiti in altre occasioni; oppure all'ipotesi dell'artigiano o del piccolo imprenditore che stipulano un'assicurazione contro il rischio di incendio del fabbricato nel quale hanno sia la propria dimora, sia la sede della propria attività; od ancora all'ipotesi del professionista che stipula un'assicurazione contro il furto del veicolo adoperato sia per i propri spostamenti di lavoro, sia per il tempo libero.

---

[20] Cass., sez. I, 25-07-2001, n. 10127, cit.

[21] Trib. Roma 20.10.1999, cit.; nello stesso senso, in dottrina, GATT, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, in Giust. civ., 1998, I, 2341, secondo cui gli "atti a scopi professionali (ovvero gli atti che il professionista utilizza nel quadro della propria attività professionale) sono esclusivamente gli atti della professione, cioè gli atti che rientrano nel genere di quelli compiuti dal soggetto nell'esercizio della professione che gli è propria. Non ogni atto compiuto dal soggetto soddisfa scopi (in senso oggettivo) professionali, ma tecnicamente solo l'atto con cui il soggetto esplica la propria professione di qualunque genere essa sia, perché soltanto ponendo in essere tale atto il soggetto realizza i propri interessi professionali. Per contro, la sfera degli atti a scopi non professionali ovvero di consumo comprende, a ben vedere, tutti gli altri atti compiuti dal soggetto, anche in veste professionale, ma non costituenti esplicazione immediata e diretta della professione che gli è propria".

In assenza di decisioni edite della giurisprudenza, in dottrina sono stati proposti due criteri per la soluzione del problema: quello delle "essenzialità" e quella della "prevalenza". Secondo il primo criterio, al contratto promiscuo sarà applicabile la disciplina del consumatore se esso è stato stipulato "essenzialmente" al di fuori dell'attività professionale, ed il contraente forte sia stato a conoscenza di ciò. Secondo il criterio della "prevalenza", nel caso di contratti promiscui occorre applicare la disciplina ordinaria o quella del consumatore a seconda che il negozio sia stato stipulati per scopi "prevalentemente" d'impresa o "prevalentemente" privati[22].

Nessuno dei criteri appena indicati, peraltro, appare davvero decisivo: se quello delle "essenzialità" è più fumoso e controvertibile, quello della "prevalenza" può rivelarsi inefficace, in tutti i casi in cui non sia concretamente possibile quale sia la finalità "prevalente" del contratto: ad esempio, perché gli scopi privati e quelli d'impresa sono esattamente paritetici.

4.1.- Le clausole "abusive" in generale.

L'art. 33 d.lgs. 206/05, applicabile a tutti i contratti stipulati dal consumatore, prevede la nullità di tutte le clausole che, "*malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*" (art. 33 d. lgs. 206/05, il quale riproduce il vecchio testo dell'art. 1469 *bis* c.c.).

Questa norma ha posto agli interpreti due problemi:

(a) cosa significhi "malgrado la buona fede";

(b) cosa debba intendersi per "significativo squilibrio".

Il primo problema ha visto dividersi la dottrina. Secondo alcuni autori, l'espressione "malgrado la buona fede" deve intendersi, secondo le regole della lingua italiana, nel senso dell'irrilevanza dello stato soggettivo dell'imprenditore che ha predisposto la clausola. Ciò vuol dire che la clausola deve essere ritenuta vessatoria se causa comunque un significativo squilibrio nei rapporti tra le parti, anche se l'imprenditore l'abbia predisposta in perfetta buona fede[23].

Altri autori, all'opposto hanno osservato che interpretare alla lettera l'espressione "malgrado la buona fede" la renderebbe inutile, perché comunque le ipotesi di nullità fondate su presupposti oggettivi rilevano a prescindere dagli stati soggettivi dei contraenti. Si è aggiunto che l'espressione "malgrado la buona fede" è un'infelice traduzione del testo francese della Direttiva 93/13 ("*en depit de l'exigence de bonne foi*"), dove l'espressione "*en depit*" può significare non solo "malgrado", come tradotto dal legislatore italiano, ma anche "in contrasto". La norma va dunque interpretata nel senso che l'accertamento della "abusività" della clausola presuppone, oltre l'esistenza

[22] GALANTINI, *Attuazione della direttiva Cee 93/13 sulle «clausole abusive» e riflessi sul contratto assicurativo,* in Assicurazioni, 1996, I, 200.

[23] Così BARENGHI, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile,* Napoli, 1996, 41. In giurisprudenza, questa opinione è stata condivisa da App. Roma, 24-09-2002, in *Giur. it.*, 2003, 904, secondo cui la locuzione "malgrado buona fede" sta a significare che la declaratoria di abusività può essere effettuata anche in presenza di buona fede e che questa, quindi, non è neppure un criterio per l'accertamento del significativo squilibrio.

del significativo squilibrio, la violazione del dovere di buona fede in senso oggettivo da parte del predisponente[24].

Il secondo orientamento appare senz'altro preferibile: non solo perché tra due interpretazioni va sempre preferita quella in grado di attribuire alla norma un senso, rispetto a quella che la renderebbe inutile, ma anche perché maggiormente rispondente al XII "considerando" della Direttiva 93/13, ove si afferma che la valutazione del carattere abusivo di una clausola "*deve essere integrata con uno strumento idoneo ad attuare una valutazione globale dei vari interessi in causa; che si tratta nella fattispecie del requisito di buona fede; che nel valutare la buona fede occorre rivolgere particolare attenzione alla forza delle rispettive posizioni delle parti*". Questo testo rende evidente che, nelle intenzioni del legislatore comunitario, la buona fede del predisponente è un criterio determinante di valutazione dell'abusività della clausola, e dunque la sua mancanza è presupposto necessario per il relativo accertamento.

Il secondo problema posto dall'art. 33 d.lgs. 206/05 (ovvero, in passato, dall'art. 1469 *bis*, vecchio testo, c.c.) è rappresentato dal senso dell'espressione "**significativo squilibrio**". E' pacifico che lo squilibrio in esame debba essere normativo e non economico: debba, cioè, riguardare i diritti e gli obblighi scaturenti dal contratto, e non la misura delle prestazioni o l'adeguatezza del corrispettivi (cfr. art. 34, comma 2, d.lgs. 206/05)[25]. E' sommamente incerto però cosa debba intendersi per "squilibrio" e soprattutto quando essa debba ritenersi "significativo". Secondo autorevole dottrina, sussiste la "abusività" della clausola quando essa arrechi al consumatore uno svantaggio unilaterale, non compensato da un corrispondente sacrificio imposto al professionista[26].

La giurisprudenza, pur avendo in molteplici occasioni ravvisato la sussistenza di tale squilibrio, raramente ne ha dato una definizione in termini generali. Quando ciò è accaduto, comunque, tali definizioni restano ancorate al concetto di "approfittamento" dell'una parte sull'altra, quale conseguenza diretta del proprio potere economico[27].

Pretendere di stabilire una nozione generale ed astratta di "significativo squilibrio" appare comunque operazione forse controproducente. Il legislatore comunitario ha infatti scelto tale clausola generale ed indeterminata proprio per slargare al massimo la

---

[24] CHILLÈ, *Consumatore (contratti del)*, in Enc. del dir., Aggiornamento, vol. IV, Milano, 2000, 407; ALPA, *L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1999, 1173; ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in Encicl. giur., vol. VI, Roma, 1996, *ad vocem*, 3.

[25] *Ex multis*, Giudice di pace Ancona, 28-04-2003, in Foro it., 2004, I, 307, nonché in Giudice di pace, 2004, 142, con nota di MARZETTI.

[26] Così ALPA, *I contratti dei consumatori. Diritto comunitario e novellazione del codice civile*, in Resp. civ. prev., 1996, 1065.

[27] Secondo Trib. Torino, 22-09-2000, in Giur. it., 2001, 981, per "significativo squilibrio" dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto deve intendersi la sperequazione delle posizioni giuridiche che si determina a carico del consumatore privo di potere contrattuale; in precedenza, lo stesso Tribunale aveva definitivo il significativo squilibrio come l' "avvantaggiarsi di quella posizione di forza derivante dal fatto che il consumatore è privo di forza contrattuale" (Trib. Torino, 16-04-1999, in Foro it., 2000, I, 299, n. PALMIERI, nonché in Danno e resp., 2000, 73, con nota di GRANIERI; in Giur. it., 2000, 999, con nota di TOGLIATTO; in Rass. dir. civ., 2000, 158, con nota di CIATTI).

tutela del consumatore, consentendo l'applicazione della relativa disciplina anche a casi non espressamente previsti, ed ha perciò demandato "all'interprete il compito di concretizzare il contenuto precettivo della norma, operando all'interno di ciascun contratto una saggia opera di bilanciamento degli interessi in gioco"[28]. La sussistenza del "significativo squilibrio" è dunque accertamento di merito da compiere caso per caso, mentre in linea generale può soltanto affermarsi che uno squilibrio sussista in tutti i casi in cui una delle parti, in virtù della propria posizione economica predominante, riesca ad imporre all'altra parte condizioni normative che, in una contrattazione paritaria, ben difficilmente avrebbe potuto ottenere. Il significativo squilibrio è stato comunque escluso quando la clausola "abusiva", pur prevedendo vantaggi per il predisponente, sia dettata da giustificate esigenze organizzative e gestionali dell'impresa, in difetto delle quali la stessa non potrebbe svolgere in modo remunerativo la sua attività[29].

L'accertamento in concreto della natura "abusiva" di una clausola inserita nel contratto del consumatore è comunque molto facilitato da un ampio ventaglio di **presunzioni**, sicché il consumatore assai raramente ha l'onere di dimostrare l'assenza di buona fede e l'esistenza del significativo squilibrio. La legge distingue tre tipi di clausole, rispetto alle quali la prova della natura "abusiva" si atteggia in modo diverso.

Vi sono innanzitutto delle clausole, tassativamente previste, la cui natura abusiva è presunta *iuris et de iure*: abbiano o meno formato oggetto di trattativa, siano state o meno predisposte unilateralmente, esse sono sempre nulle[30]. Per questo tipo di clausole, l'esistenza del "significativo squilibrio" e della violazione della buona fede non può mai essere messa in discussione.

Al secondo tipo di clausole appartengono quelle - indicate dal legislatore a titolo esemplificativo e non tassativo - le quali si presumono abusive *iuris tantum*: ciò vuol dire che è comunque consentito al professionista, per respingere la domanda di nullità formulata *ex adverso,* fornire la prova che il patto in contestazione non ha arrecato alcun significativo squilibrio tra le posizioni delle parti. Tali sono le clausole elencate dall'art. 33, comma 2, d.lgs. 206/05.

Al terzo livello, infine, troviamo tutte le altre clausole (e cioè quelle non comprese né nell'art. 36, comma 2, né nell'art. 33, comma 2, d.lgs. 206/05), rispetto alle quali è il consumatore che ne invoca la nullità a dovere provare in che modo abbiano arrecato un significativo squilibrio alla propria posizione.

L'accertamento della natura "abusiva" o meno di una clausola va compiuto tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre

---

[28] Così Trib. Palermo, 07-04-1998, in Foro it., 1998, I, 1624, con nota di LENER, nonché in Contratti, 1998, 344, con nota di MAFFEIS, in Danno e resp., 1998, 906, con nota di GRANIERI, ed ivi, 1998, 922, con nota di PALMIERI.

[29] Trib. Roma, 31-08-1998, in Foro it., 1998, I, 3331, con nota di PALMIERI, ARMONE, nonché in Contratti, 1998, 573, con nota di MAFFEIS.

[30] Art. 36, comma 2, d.lgs. 206/05: "sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di: a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende (art. 34 d.lgs. 206/05). Ciò vuol dire, detto altrimenti, che il giudizio di vessatorietà nei contratti col consumatore non può essere compiuto in astratto, considerando in modo avulso il singolo patto contrattuale, ma va compiuto in concreto, calando la clausola nel contesto non solo del contratto cui accede, ma addirittura dell'intera operazione commerciale cui il contratto è preordinato.

A queste regole generali l'art. 34 d.lgs. 206/05 pone tre eccezioni.

La prima è quella, già ricordata, secondo cui il significativo squilibrio non può riguardare l'adeguatezza del corrispettivo o l'oggetto del contratto, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

La seconda eccezione è quella che esclude la vessatorietà delle clausole che **riproducono disposizioni di legge**. Poiché l'art. 34 cit. parla di "disposizioni di legge", è sorto il problema di stabilire se possano ritenersi sottratte al controllo di vessatorietà le clausole che riproducano non disposizioni di legge in senso formale, ma norme regolamentari, ivi comprese quelle emanate dalle autorità di controllo indipendenti. Su tale questione la giurisprudenza si è divisa: alcune pronunce hanno adottato un orientamento restrittivo, interpretando *ad litteram* l'art. 1469 *ter* vecchio testo c.c. (oggi trasfuso nell'art. 34 d.lgs. 206/05), e quindi assoggettando al giudizio di vessatorietà anche clausole riproduttive di (o addirittura dettate direttamente da) regolamenti amministrativi[31]; in altri provvedimenti, invece, si è affermato che la norma sopra ricordata vada interpretata in senso estensivo, sino a ricomprendervi anche i regolamenti amministrativi[32].

Tra i due orientamenti, riterrei il primo più aderente al dato normativo. La Direttiva 93/13, di cui l'attuale art. 34 d.lgs. 206/05 costituisce attuazione, all'art. 1, comma 2, espressamente stabilisce che "*le clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative (...) non sono soggette alle disposizioni della presente direttiva*"; ed anche nel Preambolo della medesima direttiva si ripete che "*non si reputa necessario sottoporre alle disposizioni della presente direttiva le clausole che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative*". Il legislatore comunitario, pertanto, ha voluto inequivocabilmente distinguere tra disposizioni di legge e disposizioni di regolamento, aggiungendo però (sempre nel "Preambolo") che "*l'elenco delle clausole figuranti nell'allegato ha solamente carattere indicativo e che (...) gli Stati membri possono integrarlo o formularlo in modo più restrittivo, nell'ambito della loro legislazione nazionale*".

---

[31] In questo senso Trib. Roma, 04-02-2002, in Foro it., 2002, I, 2829, con nota di DE ROSAS, PALMIERI, nonché in Arch. civ., 2002, 1088, con nota di SANTARSIERE, in Corriere giur., 2002, 1618, con nota di FICI, in Vita not., 2002, 709, con nota di PALMIGIANO, ALAIMO, ove si precisa che tale conclusione non è inficiata dalla circostanza che la direttiva 93/13/Cee consenta invece di esentare dal controllo di vessatorietà le clausole riproduttive di regolamenti, in quanto il legislatore italiano, nell'ampliare l'area sottoposta a controllo, si è avvalso della facoltà di adottare disposizioni più favorevoli ai consumatori. Nello stesso senso, Trib. Palermo, 03-02-1999, in Foro it., 1999, I, 2085, con nota di PALMIERI, nonché in Corriere giur., 1999, 588, con nota di CONTI, in Contratti, 1999, 773, con nota di POZZI, in Danno e resp., 1999, 683, con nota di GRANIERI.

[32] Trib. Bari, 21-10-1999, in Corti Bari, Lecce e Potenza, 2000, I, 326; Trib. Roma, 02-08-1997, in Foro it., 1997, I, 3010, con nota di LENER.

In dottrina, per una approfondita disamina del problema, si veda SIRENA, *Controllo giudiziale e controllo amministrativo dei contratti stipulati dai consumatori*, in Banca, borsa ecc., 2001, I, 469, ove ampia bibliografia.

Nel dare attuazione alla direttiva, la l. 52/96, cit., non ha riprodotto la distinzione tra legge e regolamento: e poiché è legittimo attendersi dal legislatore coerenza e rigore lessicale, deve concludersi che la l. 52/96 ha inteso esercitare la facoltà riconosciuta agli stati membri di introdurre norme più favorevoli al consumatore rispetto a quelle dettate dalla Direttiva, includendo nel novero delle clausole abusive anche quelle riproduttive di norme regolamentari.

In ogni caso, anche aderendo all'opposto orientamento, v'è da osservare che una norma regolamentare la quale, nel disciplinare il contenuto del contratto, detti clausole abusive, sarebbe assai probabilmente viziata da eccesso di potere, sotto il profilo della irrazionalità manifesta, e dunque il giudice ordinario potrebbe disapplicarla, ai sensi dell'art. 5 l. 20-03-1865 n. 2248 all. E.

In ogni caso, perché una clausola contrattuale possa evitare il giudizio di vessatorietà è necessario che:

(a) riproduca una norma di legge la quale disciplini espressamente i contratti del consumatore (sicché sarebbe comunque vessatoria la clausola, inserita in un contratto del consumatore, la quale riproduca una norma di legge destinata a disciplinare anche i contratti dei professionisti);

(b) riproduca una norma imperativa e non dispositiva (sicché sarebbe comunque vessatoria la clausola, inserita in un contratto del consumatore, riproduttiva di una norma di legge la quale attribuisca al professionista una mera facoltà)[33].

La terza eccezione è quella che esclude la vessatorietà delle clausole che siano state oggetto di trattativa individuale (art. 34, comma 4, d.lgs. 206/05), con esclusione però delle clausole di cui all'art. 36, comma 2, d.lgs. 206/05, per le quali è prevista la nullità anche se hanno formato oggetto di trattativa individuale.

Molto ha fatto discutere anche la ricostruzione dei rapporti tra gli artt. 33 e ss. d. l. 206/05, e gli artt. 1341-1342 c.c., che sono tuttora vigenti ed immodificati.

La tesi preferibile parrebbe quella di ritenere che tra clausole "vessatorie" (*ex* art. 1341 c.c.) e clausole "abusive" (*ex* art. 33 d.lgs. 206/05) non esista alcuna sovrapponibilità necessaria. Ciò vuol dire che una clausola che sarebbe abusiva se inserita in un contratto stipulato col consumatore, potrebbe non esserlo più se inserita in un contratto stipulato tra imprenditori, o viceversa. Inoltre, mentre le clausole vessatorie sono necessariamente condizioni generali di contratto, la natura "abusiva" delle clausole di cui all'art. 33 d.lgs. 206/05 va accertata a prescindere dalla loro natura di condizioni generali, essendo sufficiente che la clausola sia stata predisposta dal professionista[34]. Infine, mentre l'accertamento dell'abusività della clausola esige - al di fuori di abusività presunta *ex* art. 33, comma 2, o 36, comma 2, d.lgs. 206/05 - la violazione del precetto di buona fede, l'accertamento della vessatorietà prescinde dallo stato soggettivo del predisponente.

La sanzione prevista dalla legge per l'accertata natura vessatoria della clausola è la **nullità** (art. 36 d.lgs. 206/05). Si tratta tuttavia di una forma anomala di inefficacia, che può essere rilevata d'ufficio, *vitiatur sed non vitiat*, ed opera solo "a vantaggio del

[33] Cass. 21.5.2008 n. 13051.

[34] ROPPO, op. ult. cit., 3; nello stesso senso si veda altresì FARSACI, *Alcune brevi notazioni in tema di clausole abusive contenute nelle polizze assicurative,* in Assicurazioni, 2005, I, 227.

consumatore". Di quest'ultima norma è stata rilevata l'incongruenza, in quanto delle due l'una: se la si interpreta nel senso che al professionista è preclusa l'eccezione di vessatorietà, tale interpretazione si pone in contrasto con la espressa previsione normativa della rilevabilità d'ufficio da parte del giudice (ed infatti il predisponente, pur non potendo eccepire la nullità, potrebbe sempre instare affinché il giudice attivi i propri poteri officiosi e rilevi egli la nullità); se invece si interpreta la norma nel senso che la nullità della clausola abusiva non può risolversi a danno del consumatore, quando la clausola abusiva sia sostituita di diritto da norme imperative, la previsione è superflua; ove invece la caducazione della clausola travolga l'intero contratto, la norma è tautologica[35].

Per quanto attiene il riparto dell'onere della prova, nelle controversie in materia di clausole vessatorie *ex* artt. 33 e ss. d.lgs. 206/05 il consumatore ha l'**onere di provare** la propria qualità soggettiva. Fornita dal consumatore tale prova, occorre operare un distinguo: se la clausola in discussione rientra tra quelle previste dall'art. 33 d.lgs. 206/05 (le quali si presumono vessatorie *juris tantum*), sarà onere del professionista superare la presunzione di legge provando: a) o che la clausola non determina alcun significativo squilibrio nel sinallagma; b) ovvero che essa riproduce disposizioni di legge (art. 34 co. III d.lgs. 206/05); c) ovvero che essa è stata oggetto di trattativa individuale. Se, invece, la clausola controversa non rientra nell'elenco di cui all'art. 33 d.lgs. 206/05, sarà onere del consumatore provarne la vessatorietà[36].

5.- Tutela del consumatore dalle intese anticoncorrenziali.

L'art. 33 l. 287/90, dopo avere previsto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per l'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità garante (sanzioni e inibitorie), stabilisce che le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni che vietano intese restrittive della concorrenza, sono devoluti alla competenza funzionale in unico grado della **corte d'appello** competente per territorio.

Tale norma aveva fatto sorgere il dubbio se la competenza della corte d'appello in unico grado si estendesse anche alle domanda risarcitorie proposte non già dall'imprenditore danneggiato dalle altrui intese, ma dal consumatore finale del prodotto o servizio reso dagli imprenditori aderenti al "cartello"[37].

Dopo alcuni contrasti le Sezioni Unite della Cassazione, muovendo dal presupposto che le norme della disciplina *antitrust* siano dettate a tutela non del solo imprenditore, ma dell'intera collettività, hanno concluso che qualsiasi domanda di risarcimento del danno scaturente da una intesa limitatrice della concorrenza, sia se

[35] LA TORRE, *Contratti di assicurazione e tutela del consumatore*, in Assicurazioni, 1996, I, 149; ROPPO, op. ult. cit., 9.
[36] Cass. [ord.], sez. III, 29-09-2004, n. 19591.
[37] In argomento si veda CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei* Folgeverträge), in *contratti*, 2005, 181, ed ivi l'ampia bibliografia.

proposta dall'imprenditore, sia se proposta dal consumatore, è **riservata alla competenza funzionale** in unico grado **della Corte d'appello**, *ex* art. 33 l. 287/90[38].

Non meno travagliata è stata - ed in parte è tuttora - l'esatta individuazione del "danno da intesa illecita", del quale il consumatore possa domandare il risarcimento,

Tale problema si è posto in particolare in conseguenza della decisione resa dall'Autorità garante, e confermata dal giudice amministrativo, con la quale 39 compagnie assicuratrici vennero sanzionate per avere posto in essere una intesa limitatrice della concorrenza[39].

All'indomani di tale decisione, molti assicurati convennero in giudizio i loro assicuratori, chiedendone la condanna alla **restituzione dei premi** pagati in eccedenza rispetto alla misura che il libero gioco della concorrenza avrebbe presuntivamente determinato.

Dinanzi a domande di questo tipo, la giurisprudenza si è divisa.

Secondo un primo orientamento, l'assicurato il quale alleghi la costituzione di un illecito "cartello" tra la propria ed altre compagnie di assicurazione, con finalità limitatrici della concorrenza, e domandi in conseguenza la restituzione di parte dei premi assicurativi pagati in eccedenza, ha l'onere di **dimostrare concretamente** in quale misura il suddetto cartello abbia determinato una lievitazione del premio, non potendosi ritenere il pregiudizio *in re ipsa* per il solo fatto della comprovata intesa limitatrice della concorrenza[40].

Per un diverso e più nutrito orientamento[41], invece, una volta dimostrata dall'assicurato la sussistenza dell'intesa anticoncorrenziale tra il proprio ed altri assicuratori, il suo credito nei confronti dell'assicuratore (da taluni qualificato come "indebito" *ex* art. 2033 c.c.[42], da altri come "danno aquiliano" *ex* art. 2043 c.c.) potrebbe essere liquidato in via equitativa[43], in misura che stando alle pronunce edite varia tra il 10 ed il 20% dei premi effettivamente corrisposti[44].

---

[38] Cass. sez. un. 4 febbraio 2005 n. 2207, in Foro it., 2005, I, 1014. In argomento si veda anche BERTOLOTTI, *Qualche ulteriore considerazione su intese vietate, contratti "a valle" e sanzione di nullità*, in Giur. it. 2002, 1211.

[39] Autorità garante della concorrenza, 28 luglio 2000, n. 8546, in Giust. civ., 2000, I, 3355.

[40] Giud. Pace di Roma, 12 agosto 2003, in Giurispr. romana, 2003, 394.

[41] Giudice di pace Lecce, 30 gennaio 2003, in *Gius*, 2003, 869, nonché in Giur. merito, 2003, 1109, con nota di CASCIARO, *Intesa di cartello tra imprese assicuratrici e diritti dei consumatori*; Giudice di pace Sala Consilina, 30 ottobre 2002, in *Il Giudice di pace, 2003*, 248, nonché in *Resp. civile e previdenza*, 2003, 504.
In argomento si veda anche CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei* Folgeverträge), in *contratti*, 2005, 181 e ss., ma specialmente 191.

[42] Così Giud. Pace Roma, 28 novembre 2002, in Giurispr. romana, 2003, 393, nonché, parrebbe, Giudice di pace Roma, 24 febbraio 2004, in *Gius*, 2004, 2904.

[43] Può essere opportuno ricordare, infine, che con d.l. 8.2.2003 n. 18, convertito in legge il 2.4.2003, è stato modificato il comma secondo dell'art. 113 c.p.c.. Mentre il testo precedente prevedeva che il giudice di pace decidesse secondo equità le cause di valore non eccedente 1.032,91 euro (e si trattava, secondo la costante giurisprudenza, di "equità necessaria": cfr., in tal senso, Cass., sez. III, 16-12-1998, n. 12611, in Arch. civ., 1999, 455; Giudice di pace Roma, 16-03-1998, in Riv. giur. circolaz. e trasp., 1998, 298; Trib. Bergamo, 29-04-1997, in Arch. locazioni, 1997, 648), il nuovo testo recita: *"il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede 1.100 euro, salvo quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'art. 1342 del codice civile"*.

[44] Sulla vicenda qui sommariamente descritta si è stratificata una copiosa bibliografia: si vedano, al riguardo, PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azioni risarcitorie del consumatore finale: argomentazioni "extravagantes" per un illecito inconsistente*, in Foro it., 2003, I, 1122; SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, in Foro it., 2003, I, 1127; CASCIARO, *Intesa di cartello tra imprese assicuratrici e lesione dei diritti dei consumatori*, in Giurisprudenza di merito, 2003, I, 1114: PETRELLI, *RC auto, azione risarcitoria e competenza del giudice di pace*, in Giudice di pace, 2003, 91; FRANCHI, *Riflessioni in merito ai diritti degli assicurati dopo le recenti condanne alle*

6.- Tutela del consumatore dalla pubblicità ingannevole[45].

Fu in origine il d.lgs. 25 gennaio 1992 n. 74[46] a definire le fattispecie vietate di pubblicità, attribuendo all'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato il potere di vietare le pubblicità ingannevoli o denigratorie[47]. Il d.lgs. 74/92 è stato successivamente abrogato, e le norme in esso contenute sono rifluite negli artt. 18-32 del d.lgs. 6.9.2005 n. 206.

Tali norme per espressa previsione (art. 19 d.lgs. 206/2005) mirano a tutelare nel contempo, **sia le imprese che i consumatori**: le prime, in quanto la pubblicità ingannevole è suscettibile di ledere le imprese concorrenti; i secondi, in quanto la pubblicità ingannevole è per essi una forma di dolosa induzione a contrarre[48].

Secondo l'art. 20 d.lgs. 206/05, è "pubblicità ingannevole" qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, sia idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente.

Dall'analisi del contenzioso in tema di pubblicità ingannevole emerge che sia l'autorità amministrativa (Autorità Garante), sia quella giudiziaria[49] hanno adottato un criterio assai rigido, in virtù del quale è ritenuta "ingannevole" qualsiasi forma di pubblicità che non consenta al pubblico di avere chiara ed esaustiva contezza del reale contenuto e dei reali effetti del contratto reclamizzato.

A mero titolo d'esempio, può ricordarsi che è stata ritenuta ingannevole:

(-) una telepromozione diretta ai bambini, presentata con modalità ambigua, tali da ingenerare confusione rispetto a una trasmissione d'intrattenimento, anch'esso destinato a un pubblico di bambini (C. Stato, sez. VI, 05-09-2005, n. 4503, in Foro amm.-Cons. Stato, 2007, 266);

(-) la pubblicità di un integratore dietetico contenente una sostanza sconsigliata per determinate categorie di consumatori affetti da particolari patologie o sottoposti a

---

compagnie, in Giudice di pace, 2003, 118; GUARNERI, *Il cartello degli assicuratori è fonte di danno per gli assicurati?*, in Responsabilità civile e previdenza, 2003, 365; NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non dilegua i dubbi nella vicenda RC auto)*, in Corriere giuridico, 2003, 747; HAZAN, *I rimborsi dei premi RCA*, in Contratti, 2003, 903; PONCIBO, *Il consumatore e la violazione della normativa antitrust*, in Rivista critica di diritto privato, 2003, 501; ROSSETTI, *Intese illecite e contratti di massa: la tutela dimezzata*, in Assicurazioni, 2003, II, 2, 38.

[45] Per una ampia rassegna, da ultimo, si veda FUSCO, *Pubblicità ingannevole e pubblicità comparativa*, in CASSANO e MARRAFFA (a cura di), *La concorrenza*, Torino, 2005, vol. 2, 611 e ss..

[46] Emanato in attuazione della Direttiva del Consiglio 84/450/CEE del 10 settembre 1984, e successivamente modificato dal d. lg. 25 febbraio 2000, n. 67, e dalla l. 6 aprile 2005 n. 49.

[47] In argomento si veda UBERTAZZI, *I controlli amministrativi della pubblicità di assicurazioni e valori mobiliari*, in Dir. banc., 1995, I, 3.

[48] Sul d. lg. 74/92 si vedano, *ex permultis*, TESAURO e TODINO, *Autorità garante concorrenza e mercato*, in Enc. del dir., Agg., vol. VI, Milano, 2002, 140; MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994; FIGURELLI, *Pubblicità ingannevole e comparativa (commento al d.leg. 25 febbraio 2000, n. 67)*, in Nuove leggi civ., 2000, 883; FONTANA, *La pubblicità ingannevole e comparativa*, in Ammin. it., 2000, 924; IMPERIALI e IMPERIALI, *Limiti ristretti a livello nazionale per la pubblicità comparativa*, in Dir. e pratica società, 2000, fasc. 22, 54; FLORIDIA, *Repressione della pubblicità ingannevole e scorretta: il sistema italiano*, in Dir. ind., 1995, 80; NITTI, *Sulla nozione di pubblicità ingannevole nel d.leg. 25 gennaio 1992 n. 74*, in Riv. dir. impresa, 1995, 151; AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e mercato, commento alla l. 10 ottobre 1990 n. 287 e al d.leg. 25 gennaio 1992 n. 74*, Padova, 1994.

[49] Segnatamente il giudice amministrativo, investito dei ricorsi avverso i provvedimenti dell'autorità garante.

trattamenti farmacologici specifici (Autorità garante della concorrenza, 16-02-2005, n. 14061, in Rass. dir. farmaceutico, 2005, 874);

(-) la pubblicità in cui si affermava che un prodotto finanziario-assicurativo «*garantisce alla scadenza il 40% in più della performance dell'indice Mib 30 più l'intero capitale investito*», poiché era risultato che la maggiorazione rispetto all'indice Mib 30 si realizzava solo in caso di andamento positivo dell'indice medesimo, e che inoltre il capitale liquidato a fine rapporto era soggetto ad un'imposta a titolo definitivo pari al 12,5% dell'eventuale incremento di capitale rispetto al premio versato[50];

(-) la diffusione di *dépliant* pubblicitari, relativi a polizze assicurative, nei quali venivano utilizzati termini tipici dei prodotti finanziari ("versamenti" e "somme maturate"), anziché quelli tipici dei contratti assicurativi (cioè "premi" e "montante"), poiché tale scelta lessicale poteva indurre a ritenere che il prodotto offerto fosse di tipo finanziario[51].

Le conseguenze della violazione delle norme che vietano la pubblicità ingannevole sono previste dall'art. 26 d.lgs. 206/05, cit.. Accanto alla ordinaria tutela giurisdizionale (ad esempio, nel caso di concorrenza sleale), la legge consente a chiunque (in particolare alle imprese concorrenti, ai consumatori ed alle loro associazioni ed organizzazioni, alla p.a.) di chiedere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di inibire gli atti di pubblicità ingannevole o di pubblicità comparativa illecita, vietarne la continuazione ed eliminarne gli effetti.

L'Autorità, oltre a provvedimenti inibitori, può anche:

(a) richiedere informazioni sia per identificare il committente della pubblicità, sia per accertare la veridicità del messaggio pubblicitario;

(b) infliggere al committente una sanzione amministrativa pecuniaria.

Sanzioni pecuniarie sono previste anche nel caso di inottemperanza agli ordini impartiti dall'autorità (il testo originario della legge prevedeva una fattispecie di reato).

Il quadro è completato dalla previsione (art. 26, comma 12) di devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione dei ricorsi avverso le decisioni definitive adottate dall'Autorità.

Spetta, invece, alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia con cui un'associazione rappresentativa di consumatori, lamentando il carattere ingannevole di alcuni messaggi pubblicitari, chieda di inibire il loro utilizzo, di ordinare l'adozione di idonee misure correttive e di condannare l'impresa che li diffonde al risarcimento del danno derivante dalla lesione degli interessi collettivi dei consumatori[52].

---

[50] Autorità garante della concorrenza, 11 febbraio 1999, n. 6894, in Dir. ed economia assicuraz., 2000, 889, con nota di COSTA, *Pubblicità ingannevole e polizze index linked*; sostanzialmente nello stesso senso, si vedano Autorità garante della concorrenza, 31 marzo 1994, n. 187, in Dir. ed economia assicuraz., 1995, 961, con nota di DASSIO; Autorità garante della concorrenza, 3 novembre 1995, n. 3361, in Dir. ed economia assicuraz., 1996, 1046, con nota di DI CAPUA, *Pubblicità ingannevole e stipulazione del contratto*.
Tale orientamento ha fatto talora registrare delle *dissenting opinion* da parte del Giurì di autodisciplina pubblicitaria, il quale ha ritenuto non ingannevole la pubblicità di una polizza di rendita integrativa, nonostante il messaggio non avvertisse che la rendita integrativa si sarebbe potuta rivelare non essenziale e non altrettanto conveniente di come appariva al momento della stipulazione della polizza, a causa del maturare di situazioni patrimoniali e reddituali favorevoli che comportino un trattamento pensionistico soddisfacente (Giurì codice autodisciplina pubblicitaria, 20 maggio 1994, n. 34, in Dir. ind., 1995, 691, con nota di BUCCIROSSI.

[51] Autorità garante della concorrenza, 31 luglio 1998, n. 6283, in Dir. ed economia assicuraz., 2000, 922, con nota di BOCHICCHIO, *La distinzione tra prodotti finanziari e prodotti assicurativi ed il controllo della pubblicità*.

[52] Cass. [ord.], sez. un., 28-03-2006, n. 7036, in Foro it., 2006, I, 1713.

7.- Tutela del consumatore nel caso di contratti conclusi "a distanza".

Si parla di contratto concluso "a distanza" quando lo scambio di proposta ed accettazione non avviene tra persone presenti.

Quando le trattative o la conclusione del contratto si svolgano con tale modalità, la legge detta norme particolari a tutela del consumatore. Tuttavia tali norme non hanno valore generale, ma distinguono a seconda che il contratto concluso a distanza abbia ad oggetto servizi finanziari, dagli altri casi.

Quando il contratto concluso a distanza non ha per oggetto servizi finanziari, la relativa disciplina è contenuta negli art. 50 e ss. del d.lgs. 206/05[53]. In questa disciplina spiccano l'obbligo di informativa precontrattuale a carico del professionista (art. 52); il diritto di recesso *ad nutum* del consumatore (art. 64).

Norme particolari sono dettate, come si accennava, per la conclusione a distanza di contratti aventi ad oggetto servizi finanziari ai consumatori. Tali norme sono contenute negli artt. 67 *bis* e ss. d.lgs. 206/05[54], e tra esse spiccano le seguenti previsioni:

(a) il diritto di recesso del consumatore, entro 14 giorni dalla conclusione del contratto, ovvero dal momento - se successivo - in cui il consumatore ha ricevuto copia delle condizioni generali; tale termine è elevato a 30 giorni per le assicurazioni sulla vita (art. 67 *duodecies* d.lgs. 206/05, il quale peraltro con riferimento all'assicurazione sulla vita non fa che duplicare il precetto già contenuto nell'art. 177, comma 1, cod. ass., applicabile a tutti gli assicurati, siano essi consumatori o meno);

(b) la nullità del contratto, nel caso in cui il fornitore ostacolino l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente, ovvero non rimborsino le somme da questi eventualmente pagate, ovvero violino gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche del contratto (art. 67 *spetiesdecies* d.lgs. 206/05).

Ad integrazione di tali previsioni merita di essere ricordato che nel caso di concluso contratto mediante *internet* l'art. 20 d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 ("*Codice dell'amministrazione digitale*") stabilisce che il documento informatico da chiunque formato e la sua trasmissione con strumenti telematici sono "validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge", se conformi alle norme di legge e di regolamento che fissano le specifiche tecniche per la trasmissione[55] (cfr. altresì l'art. 13, comma 1, d.lgs. 9 aprile 2003 n. 70, ove si stabilisce che le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il proponente inoltri il proprio ordine per via telematica).

Ovviamente i princìpi generali sull'incontro delle volontà e sulla manifestazione del consenso vanno adattati alla specificità del mezzo tecnico adottato per formulare la proposta e manifestare l'accettazione: la necessità di questo adattamento ha indotto

---

[53] Secondo l'art. 50 d.lgs. 206/05, per "contratto a distanza" si intende "*il contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un professionista e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal professionista che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso*".

[54] Tali previsioni, originariamente contenute nel d.lgs. 19.8.2005 n. 190, sono state trasfuse nel codice del consumo - previa abrogazione del citato d.lgs. 190/05 - dall'art. 9, comma 1, d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221.

[55] L'art. 20 d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82, così come il previgente art. 10 d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, sono norme inutili: ed infatti, dato il principio della libertà delle forme vigente nel nostro ordinamento, nessuno potrebbe dubitare del fatto che la volontà manifestata per via telematica non sia idonea a concludere il contratto.

il legislatore comunitario a dettare regole *ad hoc* a tutela del cessionario di beni o servizi acquistati via *internet*. Tali norme sono state recepite nel nostro ordinamento per mezzo del d.lgs. 9 aprile 2003 n. 70 (sul commercio elettronico in generale[56]) e del d. lgs. 19 agosto 2005 n. 190 (sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori[57]), che come si è visto è oggi rifluito nel codice del consumo. Il primo di tali decreti si applica a tutti i contratti conclusi tramite *internet,* il secondo soltanto ai contratti conclusi dai consumatori.

L'art. 13, comma 2, d.lgs. 70/2003 impone al cedente del bene o servizio via *internet* l'obbligo di comunicare al cliente l'avvenuta ricezione dell'ordine, unitamente ad un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto, le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del servizio e l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, dei costi di consegna e dei tributi applicabili.

8.- La tutela processuale ordinaria e cautelare.

La tutela del consumatore viene attuata dal legislatore non solo sul piano sostanziale, incidendo sul contenuto del contratto, ma anche su quello processuale, dettando regole *ad hoc* per i giudizi nei quali sia parte un consumatore (sempre che, ovviamente, tali giudizi abbiano ad oggetto il contratto stipulato con l'imprenditore od il professionista).

Innanzitutto, sul piano del **riparto dell'onere della prova**, l'art. 33, comma 2, d. lgs. 206/05 pone a carico del professionista una presunzione di vessatorietà delle clausole ivi elencate, rispetto alle quali il consumatore non ha l'onere di provare che esse abbiano arrecato un "significativo squilibrio".

Sul piano della **competenza per territorio**, il consumatore gode di un foro esclusivo, che è quello della propria residenza o del proprio domicilio. Tale previsione non è in verità contenuta espressamente dalla legge, ma è stata ricavata in via di interpretazione dal disposto dell'art. 33, comma 2, lettera (u), d.lgs. 206/05 (*olim*, art. 1469 *bis*, comma 3, n. 19, vecchio testo, c.c.). Infatti, poiché tale norma prevede la vessatorietà delle clausole che stabiliscono come sede del foro competente una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore, la Corte di cassazione ne ha tratto la conclusione che il legislatore, nelle controversie tra consumatore e professionista, ha inteso stabilire una competenza territoriale esclusiva,

---

[56] Emanato in attuazione della Direttiva del Parlamento Europeo 08-06-2000, n. 2000/31/CE. Su tale decreto la bibliografia è copiosa: si vedano in particolare ROSSELLO, *La nuova disciplina del commercio elettronico - Principi generali e ambito di applicazione*, in Dir. comm. internaz. 2004, 43; BERNARDI, *Attuazione della direttiva 2000/31/Ce relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (commento al d.leg. 9 aprile 2003 n. 70),* in Nuove leggi civ., 2003, 1267; TRIPODI, *Alcuni interrogativi sul d.leg. n. 70/2003 di recepimento della direttiva sul commercio elettronico,* in Corriere giur., 2004, 829; TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione - Le regole giuridiche del mercato interno e comunitario: commento al d.leg. 9 aprile 2003 n. 70,* Milano, 2003; ZENO-ZENCOVICH, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d.leg. 70/03,* cit.; DELFINI, *Il d.leg. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/Ce sul commercio elettronico (commento al d.leg. 9 aprile 2003 n. 70),* in Contratti, 2003, 607.

[57] Emanato in attuazione della Direttiva del Parlamento Europeo 23-09-2002, n. 2002/65. Sul d.lgs. 19 agosto 2005 n. 190 si veda Hazan, *Assicurazioni, in arrivo i contratti stile UE. Più garanzie per i diritti dei consumatori,* in Dir. e giust., 2005, fasc. 26, 92.

anche nell'ipotesi in cui il foro convenzionale pattuito tra le parti coincida con quello del luogo in cui l'obbligazione è sorta o deve essere adempiuta[58].

Norme particolari sulla giurisdizione in tema di contratti del consumatore sono dettate dagli artt. 15 e ss. del Regolamento del Consiglio 22-12-2000, n. 44/2001 ("Concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale"). Quando l'attività del professionista si svolge o è diretta nello stato membro dove risiede il consumatore, l'azione di quest'ultimo contro il professionista può essere proposta - alternativamente - sia davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il professionista medesimo, sia davanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato il consumatore.

E converso, l'azione del professionista contro il consumatore può essere proposta solo davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il consumatore.

Sul piano delle azioni esercitabili, il singolo consumatore ha ovviamente a sua disposizione l'azione di accertamento della nullità della clausola abusiva apposta al contratto da lui sottoscritto. La legge prevede però anche una misura ulteriore: la **tutela inibitoria**, che può assumere due forme diverse: l'inibitoria dell'uso di clausole contrattuale e l'inibitoria di "atti e comportamenti". Poiché le due azioni hanno presupposti e limiti parzialmente diversi, è opportuno esaminarle partitamente.

(A) L'azione inibitoria di clausole[59].

L'art. 37 d.lgs. 206/05 (che riproduce l'art. 1469 *sexies*, vecchio testo, c.c.) attribuisce alle associazioni rappresentative dei consumatori una azione inibitoria dell'uso di clausole abusive.

Legittimate attive a promuovere l'azione inibitoria sono soltanto le associazioni di consumatori (oltre le associazioni dei professionisti e le camere di commercio). Ciò vuol dire che il singolo consumatore può domandare l'inibitoria della clausola "abusiva" inserita nel *proprio* contratto, ma non una inibitoria generale dell'uso di quella clausola in *tutti* i contratti stipulati da quel professionista o da quell'associazione di professionisti[60]. L'art. 37 d.lgs. 206/05 precisa che le associazioni attivamente legittimate a proporre l'azione inibitoria sono quelle "di cui all'art. 137" d.lgs. cit.: vale a dire soltanto le associazioni che abbiano ottenuto l'iscrizione nell'elenco istituito presso il ministero delle attività produttive (cfr. altresì art. 139 d.lgs. 206/05)[61].

---

[58] Cass. [ord.], sez. un., 01-10-2003, n. 14669, in Foro it., 2003, I, 3298, con nota di PALMIERI, nonché in Corriere giur., 2003, 1427, con nota di CONTI, in Dir. e giustizia, 2003, fasc. 41, 42, con nota di COLASANTI.

[59] In argomento si vedano, in dottrina, MARIOTTI e VIANELLO, Il ruolo della legislazione nel miglioramento dello standard contrattuale delle assicurazioni private ed il ruolo avuto in materia dagli assicuratori, dall'Isvap e dai consumatori, in Dir. ed economia assicuraz., 2001, 3; FRIGNANI, L'azione inibitoria contro l'uso delle clausole vessatorie, ex art. 1469 sexies c.c.: alla ricerca della «tutela collettiva» dei consumatori tra incoerenze sistematiche e judge made law, in Dir. ed economia assicuraz., 1997, 785.

[60] Così, esplicitamente, Trib. Firenze, 19-02-2003, in Foro toscano-Toscana giur., 2003, 158, con nota di MONNINI; il principio peraltro non può dar luogo a discussioni, attesa la chiara lettera dell'art. 37 d.lgs. 206/05.

[61] Costituiscono requisiti per l'iscrizione in tale elenco:

L'elenco delle associazioni di consumatori, e la fissazione delle condizioni per accedervi, vennero introdotti dall'art. 3 l. 30.7.1998 n. 281, oggi trasfuso nell'art. 137 d.lgs. 206/05. Prima dell'introduzione del codice del consumo, peraltro, poiché il previgente testo dell'art. 1469 *sexies* c.c. non conteneva alcun riferimento all'art. 3 l. 281/98, alcuni giudici di merito avevano ritenuto che la legittimazione attiva a proporre l'azione inibitoria potesse essere apprezzata dal giudice senza particolari limitazioni, anche senza tenere conto dei parametri di cui all'art. 3 l. 281/98[62].

Oltre che promuovere un'azione inibitoria autonoma, alle associazioni di consumatori è stata altresì riconosciuta la facoltà di intervenire sia nel giudizio promosso, *ex* art. 37 d. lg. 206/05 da altra associazione di consumatori[63], sia nel giudizio promosso dal singolo consumatore per far dichiarare la nullità di una clausola abusiva[64].

Legittimato passivo è sia il professionista che fa uso nei propri contratti col consumatore di clausole abusive, sia l'associazione di professionisti che ne raccomanda l'uso. Legittimata passivamente è stata altresì riconosciuta l'associazione di professionisti la quale, pur non "raccomandando" formalmente l'impiego di clausole abusive, ne elabora il testo e propone ai propri affiliati modelli *standard* di contratti coi consumatori[65].

Oggetto del giudizio è l'accertamento della vessatorietà della clausola denunciata; in caso tale accertamento dia esito positivo, al professionista (od alla associazione di professionisti) convenuto viene ordinato di astenersi dall'adottare la clausola abusiva nei propri contratti.

L'associazione attrice non ha particolari oneri probatori, se non che la clausola denunciata sia destinata a regolamentare rapporti in cui siano parti consumatori: diversamente, infatti, la domanda andrebbe rigettata[66].

(a) avvenuta costituzione, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, da almeno tre anni e possesso di uno statuto che sancisca un ordinamento a base democratica e preveda come scopo esclusivo la tutela dei consumatori e degli utenti, senza fine di lucro;
(b) tenuta di un elenco degli iscritti, aggiornato annualmente con l'indicazione delle quote versate direttamente all'associazione per gli scopi statutari;
(c) numero di iscritti non inferiore allo 0,5 per mille della popolazione nazionale e presenza sul territorio di almeno cinque regioni o province autonome, con un numero di iscritti non inferiore allo 0,2 per mille degli abitanti di ciascuna di esse, da certificare con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa dal legale rappresentante dell'associazione con le modalità di cui agli articoli 46 e seguenti del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445;
(d) elaborazione di un bilancio annuale delle entrate e delle uscite con indicazione delle quote versate dagli associati e tenuta dei libri contabili, conformemente alle norme vigenti in materia di contabilità delle associazioni non riconosciute;
(e) svolgimento di un'attività continuativa nei tre anni precedenti;
(f) non avere i rappresentanti legali dell'associazione subito alcuna condanna, passata in giudicato, in relazione all'attività dell'associazione medesima, e non rivestire i medesimi rappresentanti la qualifica di imprenditori o di amministratori di imprese di produzione e servizi in qualsiasi forma costituite, per gli stessi settori in cui opera l'associazione.

[62] Trib. Roma, 21-01-2000, in Foro it., 2000, I, 2045, con nota di PALMIERI, LAGHEZZA.
[63] App. Roma, 24-09-2002, in Foro it., 2003, I, 332.
[64] Trib. Rimini, 13-11-2003, in Guida al dir., 2004, fasc. 8, 40.
[65] App. Roma, 07-05-2002, in Foro it., 2002, I, 2823. Nella specie, tale associazione era proprio l'ANIA.
[66] Trib. Roma, 21-01-2000, in Foro it., 2000, I, 2045.

In virtù della *relatio* contenuta nell'art. 140, comma 10, d.lgs. 206/05, le norme contenute in quest'ultima disposizioni sono applicabili al provvedimento per l'inibitoria di clausole vessatorie, e quindi:

(a) è facoltà sia delle associazioni di consumatori (prima dell'inizio del giudizio), sia dei professionisti (prima o durante lo svolgimento del giudizio), proporre una procedura di conciliazione *ad hoc* dinanzi alla camera di commercio od agli altri "organismi di composizione extragiudiziale" per la composizione delle controversie in materia di consumo, previsti dall'art. 141 d.lgs. 206/05 (art. 140, commi 2 e 6, d.lgs. 206/05);

(c) condizione di procedibilità per l'azione è il decorso di almeno 15 giorni tra la notifica della citazione e la previa richiesta al professionista della cessazione dell'impiego della clausola abusiva (art. 140, comma 5, d.lgs. 206/05).

Se inibisce l'uso delle clausole denunciate di vessatorietà, il giudice può anche ordinare la pubblicazione della sentenza su organi di stampa (art. 37, comma 3, d. lg. 206/05). Dal momento del deposito della sentenza, il professionista non può più utilizzare la clausola dichiarata abusiva. Se ciò comporta dei "vuoti" nella disciplina del contratto, essi andranno colmati in via interpretativa, e deve escludersi che il giudice dell'inibitoria possa procedere ad una rettifica delle condizioni generali di contratto[67].

Per evitare la condanna, il professionista può modificare anche in corso di giudizio le clausole sospettate di abusività; in questo caso si verifica una ipotesi di cessazione della materia del contendere (a condizione, ovviamente, che le modifiche siano di contenuto e non soltanto formali)[68].

L'inibitoria può essere chiesta anche **in via cautelare**, qualora ricorrano "giusti motivi di urgenza". Su cosa debba intendersi per "giusti motivi di urgenza", però, la giurisprudenza si è divisa, fornendo una serie di definizioni molto diverse tra loro.

Un primo orientamento, più restrittivo, riconduce la sussistenza dei giusti motivi di urgenza al requisito della "**irreparabilità**", di cui all'art. 700 c.p.c.. Quindi ritiene ammissibile l'inibitoria in via cautelare delle clausole abusive solo quando, per affetto dell'impiego di esse, il consumatore possa patire un danno che sia concreto, effettivo e non riparabile per equivalente[69].

Per un diverso orientamento, i giusti motivi di urgenza di cui all'art. 37 d.lgs. 206/05 vanno valutati in base al criterio della **correttezza**: dunque essi sussistono quando il professionista tiene un comportamento callidamente diretto a trarre dalla stipulazione dei contratti vantaggi indebiti[70]. In questo orientamento possono essere ricomprese anche quelle decisioni che hanno ravvisato i giusti motivi d'urgenza quando le clausole abusive comportino un ingiustificato ed eccessivo squilibrio sostanziale dell'assetto negoziale[71].

---

[67] Trib. Roma, 21-01-2000, in Foro it., 2000, I, 2045.
[68] Trib. Roma, 04-02-2002, in Foro it., 2002, I, 2829.
[69] Trib. Torino, 14-08-1996, FI, 1997, I, 288; Trib. Torino, 04-10-1996, in Corriere giur., 1997, 206; Trib. Torino, 16-08-1996, in Foro it., 1997, I, 288.
[70] Trib. Firenze, 19-02-2003, in Foro toscano-Toscana giur., 2003, 155, nonché in Discipl. comm., 2003, 571; Trib. Roma, 24-03-1998, in Foro it., 1998, I, 3332..
[71] Trib. Roma, 18-06-1998, in Foro it., 1998, I, 3332.

Un terzo orientamento ha privilegiato un criterio - per così dire - **quantitativo**, ritenendo sussistenti i motivi d'urgenza quando le clausole vessatorie siano impiegate dal professionista su vasta scala[72].

Ma l'orientamento che appare maggioritario è quello che àncora i "giusti motivi di urgenza" non alla irreparabilità del pregiudizio che l'uso delle clausole può produrre, ma alla natura del diritto o del bisogno che il consumatore intende soddisfare attraverso la stipula del contratto. In base a questo criterio, l'inibitoria cautelare è stata concessa quando il contratto cui accede la clausola vessatoria sia destinato a soddisfare **bisogni "primari" od "essenziali"** della persona, anche a prescindere dalla dimostrazione di un pregiudizio effettivo e concreto[73].

Non sono mancate, infine, pronunce "sincretistiche", che hanno fatto applicazione di due o più dei criteri sin qui indicati: così ad esempio, secondo Trib. Roma, 29-07-1998, in Foro it., 1998, I, 3331, i giusti motivi d'urgenza sussistono quando le clausole abusive comportino il pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile a diritti della personalità, ovvero anche a diritti di credito la cui lesione debba essere ritenuta irrisarcibile.

(B) L'azione inibitoria di "atti e comportamenti".

Oltre che richiedere l'inibitoria dell'uso di clausole abusive, la legge attribuisce alle associazioni di consumatore iscritte nell'elenco tenuto dal ministero delle attività produttive di richiedere al tribunale: (a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; (b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; (c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate (art. 140 d.lgs. 206/05, nel quale è stato trasfuso l'art. 3 l. 281/98).

Secondo la prima giurisprudenza formatasi su tale disposizione, gli "atti e i comportamenti" di cui all'art. 140 d.lgs. 206/05 costituiscono una nozione molto ampia, comprensiva dell'adozione di clausole vessatorie, ma non limitata a questa.

L'inibitoria di cui all'art. 140 cit. ha infatti lo scopo di contrastare non solo la diffusione di clausole abusive, ma anche di comportamenti illeciti, potenzialmente dannosi per i consumatori, e ciò prima ancora che essi siano inseriti in contratti individuali. L'inibitoria in esame, pertanto, non presuppone l'esistenza di vere e proprie "clausole" disciplinanti una particolare tipologia negoziale, potendo

[72] Trib. Roma, 02-08-1997, in Foro it., 1997, I, 3010; Trib. Palermo, 05-03-1997, in Giur. it., 1997, I, 2, 422; Trib. Palermo, 24-01-1997, in Foro it., 1997, I, 2292.

[73] Trib. Palermo-Monreale, 04-07-2000, in Danno e resp., 2001, 181; Trib. Palermo, 10-01-2000, in Foro it., 2000, I, 2052, ambedue con riferimento ad un contratto di somministrazione di acqua potabile; Trib. Roma, 08-05-1998, in Foro it., 1998, I, 1989, con riferimento ad una polizza malattia (è, tuttavia, seriamente dubitabile l'assunto del tribunale, secondo cui la polizza malattia tuteli la salute: essa, in realtà tutela il patrimonio contro il rischio di esborsi per spese mediche); Trib. Roma, 24-12-1997, in Foro it., 1998, I, 3333; Trib. Roma, 23-05-1997, in Giur. it., 1998, 1853 (che ha negato la cautela con riferimento ad un contratto avente ad oggetto un corso di lingua); Trib. Palermo, 22-10-1997, in Foro it., 1997, I, 3387; Trib. Palermo, 05-09-1997, in Foro it., 1997, I, 3009 (ambedue con riferimento a contratti di trasporto); Trib. Roma, 22-08-1997, in Foro it., 1997, I, 3387; Trib. Roma, 28-05-1997, in Foro it., 1997, I, 2291, che ha negato la cautela con riferimento a clausole concernenti il rispetto dell'orario ferroviario.

indirizzarsi verso atti e comportamenti incidenti su diritti fondamentali del consumatore, sia prodromici alla conclusione di contratti, sia successivi alla conclusione di rapporti negoziali ed afferenti alle modalità concrete di erogazione delle prestazioni[74].

9.- L'azione risarcitoria collettiva.

L' art. 2 , comma 445 e ss. della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) ha introdotto nel codice del consumo (d.lgs. 6.9.2005, n. 206) un nuovo art. 140 *bis*, il quale disciplina la *"azione collettiva risarcitoria"* .

La nuova azione collettiva risarcitoria è concepita come una domanda proposta da un ente collettivo, riconosciuto o meno (associazione, comitato, ma anche partito o sindacato) nell'interesse non solo degli iscritti o degli associati, ma di tutti coloro che siano titolari di un "interesse collettivo" leso dalla condotta illecita di una impresa, e che abbiano manifestato la volontà di delegare all'ente collettivo la tutela di tale interesse.

Attraverso tale azione, gli attori possono ottenere il risarcimento del danno derivato da un fatto illecito o da un inadempimento contrattuale: tale danno tuttavia non sarà loro liquidato dal giudice, ma da un organo arbitrale, al quale il giudice ha l'obbligo di demandare la quantificazione del danno.

Il nuovo istituto entrerà in vigore il 1° luglio 2009 (l'originaria entrata in vigore, fissata per il 1° luglio 2008, è stata differita dapprima al 1° gennaio 2009 dall'art. 36 d.l. 25.6.2008 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133; e quindi al 1° luglio 2009 dall'art. 19 d.l. 30.12.2008 n. 207, non ancora convertito in legge).

Numerosi sono i problemi che il nuovo istituto porrà agli interpreti ed agli operatori pratici, cui in questa sede è possibile solo accennare.

(A) La legittimazione attiva.

Il nuovo art. 140 bis d.lgs. n. 206/05 attribuisce la legittimazione a promuovere l'azione collettiva risarcitoria a due categorie di soggetti:

(a) le associazioni di consumatori ed utenti rappresentative a livello nazionale, che abbiano ottenuto l'iscrizione nell'elenco tenuto dal ministero dello sviluppo economico (così deve intendersi mutato l'originario riferimento al ministero delle attività produttive, per effetto della mutata denominazione di tale dicastero);

(b) le associazioni ed i comitati che siano "adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere".

L'individuazione dei soggetti *sub* (a) non pone problemi di sorta, risultando da un atto formale.

L'individuazione dei soggetti *sub* (b) richiederà invece alla giurisprudenza l'elaborazione di indici presuntivi quali desumere il requisito della "adeguata rappresentatività": operazione certamente non agevole, a causa della sconfinata latitudine della espressione usata dal legislatore.

[74] Trib. Roma, 11-08-2003, in Giur. merito, 2004, 902.

(B). I presupposti dell'azione

Uno degli aspetti più problematici del nuovo istituto è rappresentato dalla individuazione delle condizioni alle quali la legge subordina la promovibilità dell'azione collettiva.

Stando al testo dell' art. 140 bis , comma 1, d.lgs. 206/05 tali presupposti sono tre:

(a) l'esistenza di un interesse collettivo;

(b) una condotta dell'imprenditore causativa di danno (a titolo contrattuale od aquiliano), dalla quale sia derivata

(c) la lesione dei diritti di una pluralità di persone.

La necessaria sussistenza di un interesse collettivo si desume, oltre che dal comma 1 dell' art. 140 bis d.lgs. 206/05, soprattutto dal comma 3 della stessa norma, ove si stabilisce che l'insussistenza dell'interesse collettivo è causa di inammissibilità della domanda.

La legge dunque esige che la condotta dell'imprenditore violi, nello stesso tempo, sia i diritti di più persone, sia un interesse collettivo: ed in ciò pare annidarsi una intrinseca contraddizione, là dove si esige, quale presupposto per l'azione collettiva, tanto la lesione di un diritto (in capo a più persone) quanto la lesione di un interesse collettivo. Di norma, infatti, chi è titolare dell'uno non è titolare dell'altro, e viceversa.

Il primo comma dell' art. 140 bis d.lgs. 206/05 subordina la promovibilità del giudizio alla lesione dei diritti di una pluralità di "consumatori o di utenti".

Per la nozione di "consumatori ed utenti" pare doveroso rifarsi alle definizioni di cui alla Direttiva 93/13/CEE, oltre che alla giurisprudenza formatasi dapprima sugli artt. 1469 bis e ss. c.c., e da ultimo sull' art. 3 del d.lgs. 206/05. Ne consegue che l'azione collettiva non potrà mai proporsi ove il danno sia lamentato da soggetti diversi da persone fisiche, ovvero che abbiano patito il danno o stipulato il contratto nell'esercizio di una attività d'impresa, quand'anche dovesse trattarsi di impresa agricola, di piccola impresa o di impresa artigiana.

Quanto al requisito della "pluralità", esso non è altrimenti circoscritto: e poiché la "pluralità" consiste in qualsiasi multiplo dell'unità, parrebbe sufficiente l'esistenza di un danno a due sole persone per promuovere l'azione collettiva.

L' art. 140 bis , comma 1, d.lgs. 206/05 consente il ricorso all'azione collettiva quando la pretesa risarcitoria tragga origine, alternativamente:

(a) da rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell' art. 1342 del codice civile;

(b) in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali;

(c) in conseguenza di pratiche commerciali scorrette;

(d) in conseguenza di comportamenti anticoncorrenziali.

(C). Le domande proponibili

Le domande che possono essere proposte attraverso l'azione collettiva sono soltanto due:

(a) l'accertamento del diritto al risarcimento del danno, scaturito dalle condotte di cui si è detti nei paragrafi precedenti;

(b) l'accertamento del diritto alla restituzione, scaturito dalle condotte di cui si è detto nei paragrafi precedenti.

Caratteristica del nuovo istituto è che all'accertamento dei diritti di cui sopra non può seguire la condanna del convenuto. Il giudice infatti deve limitarsi ad accertare il diritto e fissare i criteri del risarcimento, mentre solo la successiva procedura arbitrale per la determinazione del *quantum* metterà capo ad un provvedimento munito di efficacia esecutiva (art. 140 bis , comma 6, d.lgs. 206/05).

Escluso dunque che con l'azione collettiva possano domandarsi sentenze di condanna, pare da escludersi altresì che possano domandarsi sentenze costitutive (ad es., risoluzione od annullamento del contratto).

Qualsiasi condanna a restituire la prestazione eseguita in adempimento di un contratto formalmente valido presuppone che sia posto nel nulla il vincolo da tale contratto scaturito. In questi casi l'annullamento o la risoluzione del contratto rappresentano accertamenti pregiudiziali rispetto alla condanna a restituire, e sarebbe illogico, antieconomico e contrastante col precetto costituzionale di ragionevole durata del processo (art. 111 cost.) ritenere che il consumatore prima di aderire ad una azione collettiva debba avere ottenuto nelle forme ordinarie una declaratoria di risoluzione od annullamento del contratto, così come - *e converso* - credere che la sentenza pronunciata in esito ad una azione collettiva non possa acquistare efficacia di giudicato anche in merito alla risoluzione od all'annullamento del contratto.

(D) Il procedimento.

La legge ha disciplinato il rito da applicare alla nuova azione collettiva in modo singolare: senza nulla dire in merito al tipo generale di rito, e limitandosi a prevedere norma *ad hoc* solo per alcune fasi del processo.

Il processo scaturente dall'esercizio dell'azione collettiva è dunque un rito ordinario "modificato", rispetto al quale dovrà trovare applicazione la disciplina generale di cui agli artt. 163 e ss. c.p.c., ove non diversamente previsto.

I principali scostamenti rispetto al rito ordinario sono tre, e riguardano:

(a) la fase introduttiva, nella quale è previsto un vaglio preliminare di ammissibilità della domanda;

(b) la partecipazione al giudizio di soggetti diversi da quelli originari, consentita al solo "consumatore" in termini assai ampi, e nelle due forme della "adesione" e dell' "intervento";

(c) la fase conclusiva, alla quale - una volta esaurito il contraddittorio *apud iudicem* - segue una appendice arbitrale.

Nella udienza di prima comparizione - lo stabilisce l' art. 140 bis , comma 3, d.lgs. 206/05 - il giudice deve innanzitutto vagliare l'ammissibilità della domanda, e cioè riscontrare tre circostanze:

- la domanda non deve apparire manifestamente infondata nel merito;
- non vi siano conflitti di interessi;
- sussista un interesse collettivo meritevole di tutela.

L'esito negativo di una soltanto di queste tre verifiche rende inammissibile l'azione collettiva.

Il giudizio di manifesta infondatezza nel merito della domanda come proposta non deve essere confuso con una anticipazione della sentenza, né come una

preistruttoria: come in tutti i casi in cui la legge richiede un giudizio di "non manifesta infondatezza", sarà sufficiente accertare il *fumus* della pretesa attorea.

Poiché il relativo accertamento deve essere compiuto *in limine litis* , e quindi in una fase in cui le parti non hanno ancora consumato il potere di produrre documenti e chiedere mezzi di prova (ai sensi dell' art. 183 , comma 6, c.p.c.), il giudizio sulla non manifesta infondatezza riguarderà di norma la prospettazione in diritto posta a fondamento della pretesa, non la veridicità dei fatti costitutivi di essa, a meno che quest'ultima non sia di per sé ragionevolmente esclusa dalle prove allegate agli atti introduttivi del giudizio.

Meno agevole è stabilire cosa abbia inteso il legislatore con la formula relativa all'assenza di conflitti di interessi.

Il primo problema posto dalla norma è quello di stabilire tra chi debba sussistere conflitto, al fine di escludere l'ammissibilità della domanda.

Nel silenzio della legge, devono ritenersi ammesse tutte le possibilità, e quindi l'inammissibilità della domanda quando il conflitto sussista:

(a) tra l'attore in senso sostanziale ed il suo avvocato (ad es., l'associazione attrice ha conferito mandato ad un avvocato che stia presiedendo il collegio arbitrale costituito ai sensi dell' art. 140 bis , comma 6, d.lgs. 206/05, o per stabilire il *quantum debeatur* in una azione collettiva di analogo contenuto);

(b) tra l'ente rappresentativo dei consumatori e questi ultimi (ad es., promovimento di azione collettiva nei confronti dell'emittente di strumenti finanziari rivelatisi rovinosi, con conseguente impossibilità per il consumatore di prendere parte ad un vantaggioso arbitrato internazionale);

(c) tra due o più dei consumatori, ovvero due o più gruppi di consumatori aderenti all'iniziativa (ad es., adesione all'azione collettiva proposta nei confronti di una società immobiliare, che abbia alienato più volte la medesima quota di multiproprietà turistica, dei soggetti che hanno acquistato diritti di identico contenuto, e perciò tra loro incompatibili).

Il secondo problema posto dalla norma è quello di stabilire se il conflitto di interessi rende inammissibile la domanda solo quando è originario, ovvero anche quando sia sopravvenuto. Il problema sorge dal fatto che il legislatore ha accomunato tra loro, nella norma in commento, situazioni eterogenee. Mentre infatti la non manifesta infondatezza e la sussistenza dell'interesse collettivo, se riscontrate *in limine litis*, ben difficilmente potranno venir meno in seguito, altrettanto non può dirsi dell'assenza di conflitti d'interesse. Gli stessi esempi poco innanzi addotti, a ben vedere, riguardano situazioni che possono verificarsi anche nel corso del giudizio, e dimostrano come non sia affatto detto che, accertata l'assenza di conflitti nella prima udienza, questi non possano poi emergere successivamente.

L'accertamento dell'ammissibilità della domanda deve essere compiuto "sentite le parti" ed assunte sommarie informazioni solo quando occorra (art. 140 bis , comma 3, d.lgs. 206/05). Mentre dunque l'escussione delle parti è necessaria, l'assunzione di sommarie informazioni è solo eventuale.

Sia l'ammissibilità che l'inammissibilità della domanda devono essere dichiarate con ordinanza (e quindi succintamente motivate), e nell'uno come nell'altro caso il provvedimento è reclamabile dinanzi la corte d'appello.

Mentre l'ordinanza d'inammissibilità non deve contenere ulteriori statuizioni (oltre quella sulle spese), l'ordinanza d'ammissibilità dell'azione collettiva deve necessariamente contenere l'ordine all'attore di dare "idonea pubblicità dei contenuti dell'azione proposta" (art. 140 bis , comma 3, ult. parte, d.lgs. 206/05).

Se la domanda è dichiarata ammissibile, ed il provvedimento viene impugnato, viene da chiedersi quale debba essere la sorte del processo. Nel silenzio della legge, deve ritenersi che il processo segua il suo corso, salva la facoltà del collegio di disporne la sospensione, *ex* art. 295 c.p.c..

Se la domanda è dichiarata inammissibile, il relativo provvedimento non può ritenersi avere veste di sentenza, perché non ha natura decisoria e definitiva. Se, infatti, il reclamo avverso quel provvedimento dovesse essere accolto, non inizierebbe un nuovo processo dinanzi al giudice di primo grado, ma proseguirebbe lo stesso processo erroneamente dichiarato inammissibile. Cionondimeno, l'ordinanza dichiarativa dell'inammissibilità della domanda deve necessariamente contenere la condanna alle spese, in quanto ove non dovesse essere reclamata la parte vittoriosa non avrebbe la possibilità di chiederne la liquidazione.

(E). L' "adesione" e l'intervento in causa

All'azione collettiva proposta dalle associazioni possono "aderire" i singoli consumatori (art. 140 bis , comma 2, ultima parte, d.lgs. 206/05).

Tale adesione deve essere compiuta per iscritto, mediante comunicazione al "proponente" (*scilicet* , l'attore) fino all'udienza di precisazione delle conclusioni (anche in appello), ed ha l'effetto di estendere all'aderente gli effetti del giudicato (art. 140 bis, comma 5, d.lgs. 206/05).

Quanto all'intervento in causa, stabilisce l' art. 140 bis , comma 2, d. lg. 206/05 che "*nel giudizio promosso ai sensi del comma 1 è sempre ammesso l'intervento (...) per proporre domande aventi il medesimo oggetto*" di quella principale.

(F). La fase decisoria e conciliativa

L'azione risarcitoria non può mai concludersi con una pronuncia di condanna. Il giudice infatti, anche quando accerta la sussistenza del danno e la lesione dell'interesse collettivo dei consumatori, deve limitarsi a determinare *"i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio"* (art. 140 bis , comma 4, d.lgs. 206/05).

Se la sentenza accerta la fondatezza della pretesa, l'impresa convenuta ha l'obbligo di proporre, entro 60 gg. dalla notificazione della sentenza, il pagamento di una somma *"con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria"*. Dalla ricezione della proposta, gli "aventi diritto" hanno a loro volta 60 gg. di tempo per accettare.

Il comma 6 dell' art. 140 bis cit. prevede le eventualità che possono profilarsi in esito all'azione collettiva:

(a) l'impresa comunica l'offerta nel termine, e questa viene accettata: in questo caso la lite è definita (per transazione, ovviamente), e l'atto di proposta (accettato) costituisce titolo esecutivo;

(b) l'impresa non comunica alcuna offerta nei termini, ovvero questa non viene accettata (o non viene accettata nei termini).

In questo caso si apre una procedura conciliativa stragiudiziale, di natura diversa a seconda della scelta delle parti: o davanti ad uno degli organismi di conciliazione di cui all' art. 38 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (e cioè gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, e che siano stati abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie in materia societaria); ovvero davanti ad una apposita "camera di conciliazione", composta da un avvocato indicato dagli attori, uno indicato dall'impresa convenuta ed un terzo (che la presiede) nominato dal presidente del tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori.

Tale camera di conciliazione ha il compito di stabilire le somme da corrispondere o da restituire ai consumatori "aderenti" od intervenienti che ne abbiano fatto domanda.

10.- La c.d. "concertazione" tra imprenditori ed associazioni dei consumatori.

A partire dalla metà degli anni '90, in concomitanza con l'emanazione della Direttiva 93/13 sulle clausole "abusive", associazioni di imprenditori e di consumatori hanno avviato varie trattative, poi sfociate in "intese", sia su aspetti sostanziali (il contenuto dei contratti di massa), sia su aspetti procedurali (procedure conciliative)[75].

Tali intese hanno un indubbio valore sociale, politico ed economico, ma effetti giuridici piuttosto limitati sul contratto, e probabilmente non meritano l'entusiasmo e l'interesse suscitato.

Le intese aventi ad oggetto la creazione di "liste nere" e "liste bianche" di clausole abusive ovviamente non vincolano in alcun modo l'organo giudicante: una clausola ritenuta abusiva negli accordi stipulati tra imprenditori ed associazioni di consumatori ben potrà essere ritenuta valida dal giudice, così come quest'ultimo potrà sempre ritenere abusiva una clausola ritenuta invece valida nei suddetti accordi. Nemmeno potrebbe avere peso, in un giudizio sulla vessatorietà di condizioni generali, la circostanza che una clausola sia stata inserita nel contratto in spregio dell'accordo siglato dall'associazione cui aderiva l'imprenditore predisponente. Il solo, limitato effetto che questi accordi sulla natura abusiva delle clausole potrebbero produrre va

[75] A titolo di esempio si ricorda che l'ANIA (Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici) e varie associazioni di consumatori hanno sottoscritto tre "intese" in tema di clausole abusive. Con la prima di queste, datata 10.10.1994, si concordò di potenziare l'informativa ai consumatori su trasparenza e procedure liquidative, e soprattutto di costituire di un gruppo di lavoro sull'attuazione nel settore assicurativo della direttiva comunitaria 93/13/CEE, sulle clausole abusive.
Con la seconda intesa (datata 11.5.1999), le associazioni partecipanti concordarono sulla natura sicuramente abusiva di una serie di clausole ricorrenti nella contrattazione *standard*; riconobbero che su un altro gruppo di clausole non si era raggiunto l'accordo circa la loro natura abusiva, e soprattutto pattuirono una "procedura concordata", in virtù della quale le associazioni di consumatori aderenti si impegnavano, prima di promuovere l'azione inibitoria, a comunicare tale intenzione per iscritto all'ANIA, ed impegnandosi a non introdurre il giudizio prima di 30 giorni dal ricevimento della suddetta comunicazione.
Con la terza intesa, datata 24.7.2001, le parti firmatarie si impegnarono - tra l'altro - a elaborare una procedura sperimentale di conciliazione. Questa intesa ha avuto poi attuazione attraverso l' "accordo" del 18.3.2004 sulla procedura conciliativa in tema di assicurazione della r.c.a. alla quale sino al luglio 2005 avevano aderito 13 associazioni di consumatori.

ricercato sul piano soggettivo della buona fede. Infatti, poiché - come si è visto - la valutazione dell'abusività di una clausola esige l'accertamento sia della sussistenza di un significativo squilibrio nelle posizioni delle parti, sia della violazione del dovere di buona fede, l'accordo stipulato tra le associazioni di categoria in merito alla natura abusiva o meno di una clausola potrebbe costituire un indizio rivelatore della buona fede o mala fede del predisponente. Non potrà, dunque, essere ritenuto in mala fede l'imprenditore che abbia utilizzato una clausola ritenuta valida dalle associazioni di categoria; per converso, la mala fede potrà essere presunta in capo all'imprenditore che abbia impiegato una certa clausola, nonostante fosse stata ritenuta sicuramente abusiva negli accordi suddetti.

11.- Iniziative *de iure condendo* dell'Unione Europea.

Numerose sono le iniziative delle istituzioni comunitarie vòlte a rafforzare la tutela del consumatore.

Con la Decisione 1926/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2006, si è stabilito un programma d'azione comunitaria nel settore della politica dei consumatori per il quadriennio 2007-2013.

Tale programma mira a completare, sostenere e seguire le politiche degli Stati membri ed a contribuire a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici e giuridici dei consumatori, nonché a promuovere il diritto di questi all'informazione, all'istruzione e all'organizzazione della difesa dei loro interessi.

Tale scopo viene perseguito tramite la realizzazione di 2 obiettivi:

(a) garantire un elevato livello di protezione dei consumatori, grazie segnatamente al miglioramento della consultazione e della rappresentanza degli interessi dei consumatori;

(b) garantire l'applicazione effettiva delle regole di protezione dei consumatori, segnatamente tramite la cooperazione in materia di applicazione della legislazione, l'informazione, l'istruzione e le vie di ricorso.

Undici azioni distinte sono state previste per la realizzazione dei due obiettivi suddetti. Tali azioni riguardano:

(a) per l'obiettivo 1, la raccolta, lo scambio e l'analisi di dati e di informazioni, nonché la messa a punto di strumenti di valutazione, la consulenza giuridica e tecnica ivi compresi studi, seminari e conferenze, nonché il contributo al funzionamento delle associazioni europee dei consumatori;

(b) per l'obiettivo 2, le azioni riguardano l'applicazione effettiva della normativa comunitaria attraverso interventi di coordinamento della sorveglianza, di cooperazione fra le autorità nazionali, nonché il controllo e la valutazione della sicurezza dei prodotti non alimentari e dei servizi; alcune azioni riguardano inoltre l'informazione, la consulenza e le vie di ricorso ovvero l'istruzione dei consumatori.

Successivamente alla Decisione del 2006, è stato pubblicato il Libro Verde della Commissione, del 30 aprile 2007, sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico [COM(2007) 226].

Il Libro Verde ha proposto una strategia nel settore dei **servizi finanziari al dettaglio** (credito ipotecario, mobilità dei conti bancari ed educazione finanziaria).

Da ultimo, con la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 novembre 2007, COM(2007) 725[76], la Commissione ha affrontato il problema della tutela dei consumatori rispetto alla fruizione dei "**Servizi d'interesse generale**" (SIG), per tali intendendosi:

(a) i servizi d'interesse economico generale (SIEG), quali i servizi postali, le telecomunicazioni, i trasporti, o ancora i servizi d'approvvigionamento di luce e gas;

(b) i servizi non economici, quali la polizia, la giustizia e i regimi legali di sicurezza sociale.

(Red. Marco Rossetti)

Il direttore aggiunto
(Luigi Macioce)

[76] Tale comunicazione accompagna la comunicazione "*Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo - I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*".