
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

CAPITOLO I

CARATTERI FONDAMENTALI DEL DIRITTO DEI CONSUMATORI

SOMMARIO: 1. Cos'è il diritto dei consumatori. – 2. Ambito della materia e definizioni 'sogettive'. – 3. Il consumatore come soggetto 'debole'. – 4. Origini del diritto dei consumatori. – 5. Scopi del diritto dei consumatori. – 6. Doppia dimensione del diritto dei consumatori. – 7. Tecniche di tutela. – 8. Articolazioni del diritto dei consumatori.

1. *Cos'è il diritto dei consumatori*

Il modo in cui un consumatore o un utente stipula un contratto con il produttore o con il distributore di beni o servizi presenta indubbie particolarità, che lo differenziano dalla instaurazione di altri rapporti contrattuali.

Sussistono particolarità economiche inerenti il rapporto di consumo o di fornitura di servizi pubblici essenziali. Sussistono particolarità relativamente al tipo di rapporto che il consumatore o l'utente istituisce con il bene. E particolarità sussistono altresì relativamente alle modalità con cui il produttore o il distributore di beni e di servizi destinati a trovare larga diffusione – e spesso, per la loro stessa natura, resi possibili solo dalla destinazione a una massa di potenziali contraenti – organizza la sua attività e provvede alla conformazione del prodotto.

Rispondere a queste particolarità, o contribuire a rispondervi, è, in definitiva, il compito del diritto dei consumatori.

Quest'ultimo è costituito oggi, in Europa e in Italia, da un apparato estremamente complesso e articolato di normative aventi ad oggetto, per un verso, il controllo dell'attività di mercato delle imprese e dei professionisti (genericamente, possiamo dire: dei professionisti) nei confronti del pubblico dei consumatori (in particolare, delle relazioni contrattuali), e, per

(1) La particolarità delle relazioni contrattuali tra professionisti e consumatori

(2) La disciplina europea del diritto dei consumatori

altro verso, la tutela di questi ultimi, dei loro diritti essenziali e in ultima analisi della loro possibilità di partecipare con autonomia al processo economico ⁽¹⁾.

I soggetti della relazione contrattuale sono individuati dalla legge: il professionista è oggi definito come il soggetto «che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario» [art. 3, lett. c), c.cons.], mentre il consumatore è definito come «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta» [art. 3, 1° co., lett. a), c.cons.] ⁽²⁾.

La tutela del consumatore ha di mira il riequilibrio di una debolezza che è connaturata alla sua stessa posizione (come a quella dell'aderente rispetto ai contratti 'per adesione' e in genere ai contratti di massa) nei confronti della grande impresa (e del professionista in genere), e così la mancanza di potere contrattuale e, per usare un linguaggio mutuato dalle scienze economiche, l'asimmetria informativa che lo caratterizza rispetto alla controparte professionale, specializzata invece nella contrattazione inerente il mercato specifico della prestazione caratterizzante il contratto ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Per un tentativo di mettere in risalto le diverse concezioni del significato di 'consumatore', in prospettiva di politica del diritto, v. H.W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *RTDPC*, 2016, p. 859 ss.

⁽²⁾ L'attuale formulazione normativa (art. 3 c.cons.) nella definizione di 'professionista' fa riferimento all'«esercizio della propria attività», essendo venuta meno (a partire dal d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) la formulazione precedente («nel quadro dell'attività»: previg. art. 1469-bis, 2° co., c.c.). Le parole «commerciale, artigianale» nella definizione di 'consumatore' e di 'professionista' sono state invece inserite con l'art. 32-3 d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221.

⁽³⁾ In taluni casi si sottolinea peraltro l'esigenza di una «misura di ragionevolezza cui devono attenersi le misure consumeristiche, onde non sbilanciare la tutela del consumatore, favorendone gli abusi», ad es. quando si lamenta «un pregiudizio informativo solo nominale» che non aveva «davvero inciso sul suo consenso, [che] non risultava affatto realmente pregiudicato», e anziché «anteporre formalisticamente il c.d. dogma consumeristico che vuole il consumatore in una situazione di presunzione assoluta di debolezza, sempre e comunque meritevole di protezione, e che ragiona degli obblighi di informazione come di obblighi funzionali al soddisfacimento dell'interesse pubblico – ritenendo, quindi, che l'informazione non pervenuta nella sfera

(3) *La definizione di 'professionista' e di 'consumatore'*

(4) *La tutela del consumatore come soggetto debole 'definito' tipicamente dalla legge*

Essa individua una ‘qualità’ contingente del contraente (*to deal as a consumer*), da valutare indipendentemente dalle specifiche caratteristiche del singolo consumatore, dalle sue concrete qualità individuali, dalla sua posizione economica e sociale. Si tratta quindi di una disciplina incentrata sul ruolo svolto dal contraente-consumatore nello scambio contrattuale, il ruolo, cioè, del contraente ‘profano’ ⁽⁴⁾.

Come si vedrà meglio tra breve, tuttavia, ciò non appare di per sé solo capace di guadagnare alla relativa disciplina legale, e ai principi da essa derivanti, un ambito di applicazione più vasto, comprensivo in genere del soggetto caratterizzato, all’interno della relazione contrattuale, da una debolezza ‘simile’ a quella presa in considerazione dal legislatore nella disciplina dei contratti dei consumatori ⁽⁵⁾.

(5) *Necessità della tipizzazione legislativa per la tutela ‘specific’ della debolezza contrattuale*

2. Ambito della materia e definizioni ‘soggettive’

La denominazione ‘diritto dei consumatori’, di carattere stipulativo (e alternativa a ‘diritto dei consumi’), è ormai invalsa nell’uso del legislatore e in dottrina, nelle sentenze della giurisprudenza come nell’insegnamento universitario.

(1) *Una denominazione stipulativa*

di conoscibilità del consumatore ovvero pervenutagli in forma incompleta o tardiva, quale che fosse la capacità o la possibilità di utilizzare a suo vantaggio le informazioni avute, non è mai immune da conseguenze» valorizza nel caso concreto preferibile «l’opposta soluzione ispirata evidentemente al principio di autoreponsabilità del consumatore, correggendo le conseguenze che sarebbero derivate dall’applicazione dello *strictum ius*» (in questi termini, v. Cass., 8 luglio 2020, n. 14257). Per l’affermazione che la tutela del consumatore concerne «tutti i consumatori» e non solo «il consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto», in un caso in cui si obiettava che il consumatore non si fosse in alcun modo attivato per comprendere o ottenere spiegazioni sulla portata della clausola, v. CGUE, ord. 10 giugno 2021, in causa C-198/20, *M.N. et al. c. X Bank S.A.*

⁽⁴⁾ Cfr. A.A. DOLMETTA e A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La facoltà di «estinzione anticipata» nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell’art. 7 legge n. 40/2007*, in *RIDC*, 2008, II, p. 545, nt. 45. V. per la considerazione delle diverse asimmetrie tra il consumatore e il professionista, oltre a quelle puramente informative, G. MARINI, *Distribuzione ed identità nel diritto dei contratti*, in *RCDP*, 2010, p. 63 ss.

⁽⁵⁾ V., tra altri, A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *CONTR*, 2006, p. 172 ss.

Essa richiede alcuni brevi chiarimenti sulle origini, le dimensioni, gli scopi e le articolazioni del diritto dei consumatori, sul significato delle categorie 'soggettive' e dello stesso riferimento al 'consumo' nell'individuazione del suo ambito applicativo, in particolare della nozione di 'consumatore' o 'utente' (il 'consumatore' di servizi, e specificamente di servizi pubblici, assimilato dagli artt. 1-5 c.cons. al 'consumatore' *tout court*), cui essa si intitola, e da cui può prendere le mosse anche qualche considerazione sulla delimitazione dei confini propri della disciplina.

Oltre al diritto dei consumatori in senso più restrittivo, infatti, e cioè alle normative applicabili, in via esclusiva, nei rapporti tra un professionista «che agisce nell'esercizio della propria attività» e la persona fisica «che agisce per scopi estranei all'attività» professionale «eventualmente svolta», rilevano, anche ai fini della presente trattazione, ulteriori settori disciplinari in cui interviene una disciplina della trasparenza contrattuale.

L'individuazione dell'ambito applicativo in base a criteri inerenti l'attività del soggetto non è omogenea, né ruota esclusivamente intorno alla figura del 'consumatore', e neppure si distingue sempre in base allo svolgimento, nel contratto, di un'attività professionale o non professionale, o al perseguimento, con il contratto, di uno scopo inerente l'attività professionale, ovvero ad essa estraneo. Né, infine, può essere riferito esclusivamente al consumo come fenomeno economico o come fenomeno naturalistico, o al consumo come risposta alle esigenze della vita quotidiana (un'espressione, questa, che, come meglio si vedrà, ricorre in alcune prese di posizione giurisprudenziali).

Il diritto dei consumatori in senso più stretto serve certamente, sotto un primo aspetto, a introdurre una più ampia tutela della persona e della sua autonomia nell'ambito degli scambi di massa, e in particolare in quelli caratterizzati dal carattere non professionale dell'attività svolta. Ma essa serve altresì, sotto un altro aspetto, a individuare un ambito di relazioni economiche (un 'mercato') di cui segnatamente si rileva lo scopo di regolazione dell'attività economica di impresa (v. *infra*, par. 5) ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ È subito opportuno accennare che al termine 'mercato' non corrisponde alcuna nozione o circostanza di carattere naturalistico: il 'mercato' è esso stesso un prodotto, o direi *anche* il prodotto, della norma e quindi il risultato, o quantomeno direi *in parte* il risultato della regolazione (v. N. IRTI,

(2) *Varietà degli ambiti di applicazione della disciplina di trasparenza*

(3) *I contratti del mercato*

La delimitazione dell'ambito di applicazione, nel diritto dei consumatori 'in senso stretto', è segnata da caratteri definitivi di tipo indubbiamente 'soggettivo' (come la qualità di persona fisica) ma di amplissima generalità (tale da coincidere sostanzialmente con la totalità dei soggetti dell'ordinamento, da cui si escludono solo gli enti collettivi), e, per altro verso, si riferisce a profili chiaramente oggettivi (come la natura dell'attività esercitata). Nell'individuare i confini, d'altra parte, non si ha esclusivo riferimento neppure alla categoria degli atti di 'consumo', delineandosi invece l'ambito degli atti posti in essere dal soggetto che restano estranei alla sua attività economica organizzata, alla sua attività professionale. Così, essa non definisce solo, o tanto, il novero o la qualità dei soggetti destinatari delle tutele previste dalla legge (non risponde cioè a una discriminante di carattere 'soggettivo'), quanto altresì, e soprattutto, le attività economiche con riguardo alle quali viene prevista una particolare disciplina e apprestata una particolare tutela.

Per affinità di materia, di esigenze di tutela e di soluzioni normative, nel diritto dei consumatori, così convenzionalmente

(4) *Materie affini*

*L'ordine giuridico del mercato*², Roma-Bari, Laterza, 2004, *passim*), benché, anche questo deve essere annotato, si osservi giustamente che esso «nasce sempre dal basso» e che «il diritto lo rincorre e ne fa le regole» ma «su una realtà che non è», o *non è necessariamente* aggiungerei, «l'ordinamento giuridico a determinare» e che tuttavia esso può «favorire o condizionare» (G. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Rs*, 1998, p. 1443 ss.). Così, si dice anche, «l'economia presuppone il diritto in quanto condizione determinante della sua struttura» (G. CALOGERO, *Lezioni di filosofia*, II, *Etica. Giuridica. Politica*, Torino, Einaudi, 1946, p. 305), e, poi, che la regolazione a sua volta si presenta come un «complesso sistema istituzionale di norme storicamente determinate» (e rivolto, quantomeno ciò poteva ben dirsi in allora, a realizzare valori sovraordinati: L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi Asquini*, Padova, Cedam, 1965, III, p. 185, e v. sui recenti processi di trasformazione L. NIVARRA, *Dalla «crisi» all'«eclissi»: ovvero, da un paradigma all'altro*, in *EDP*, 2017, p. 801 ss.; Id., *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, Es, 2010), in cui «l'identità stessa dei soggetti che partecipano al gioco (e la misura dei loro relativi poteri)» è «il prodotto delle regole giuridiche che sono in vigore» da cui risultano «costantemente influenzati e largamente modificati» (MARINI, *Distribuzione ed identità nel diritto dei contratti*, cit., p. 94). Anche in virtù di tali considerazioni «non appare per nulla scontato che il mercato assicuri il pieno e ottimale impiego delle risorse», secondo quanto invece assume il pensiero economico neoclassico (F. SYLOS LABINI, *Rischio e previsione. Cosa può dirci la scienza sulla crisi*, Roma-Bari, Laterza, 2016, p. 125).

denominato, oltre al diritto dei consumatori in senso stretto, conviene, poi, prendere in considerazione due ulteriori ambiti di disciplina: quello dei contratti nei settori regolati e quello dei contratti asimmetrici tra imprese, e ciò anche nella limitata prospettiva di regolare le sovrapposizioni e le interferenze che si danno tra i diversi ambiti normativi evocati.

(5) *Disciplina di trasparenza nei c.d. settori regolati*

Nella disciplina di trasparenza dei settori regolati (credito, intermediazione finanziaria, assicurazioni, servizi pubblici essenziali, o, secondo la locuzione corrente nel diritto europeo, servizi di interesse economico generale), il contraente 'profano' non viene in considerazione come 'consumatore' ma, sostanzialmente, quale 'aderente', 'utente' o 'cliente' dell'impresa (quindi come aderente al regolamento contrattuale da questa predisposto): così nei contratti relativi ai servizi pubblici essenziali (l'utente), nei contratti di trasporto (il passeggero), nei contratti bancari (il cliente della banca), nei contratti con l'intermediario finanziario (il risparmiatore, il cliente al dettaglio), nei contratti assicurativi (l'assicurato); si tratta di settori dell'ordinamento assoggettati a una specifica regolazione, e alla vigilanza di determinate autorità amministrative, per diversi motivi attinenti principalmente alle caratteristiche del bene o servizio e della specifica attività di impresa.

In tali settori, il legislatore e le autorità di vigilanza emanano dettagliate normative di trasparenza, riferite al pubblico indifferenziato dei clienti dell'impresa, poiché le esigenze di trasparenza e di regolazione dei rapporti con la clientela risalgono alla specificità dell'attività di impresa esercitata o dei beni e servizi che ne formano oggetto, e a scelte di politica economica, di talché la disciplina della trasparenza opera ad ampio spettro (per questo motivo in dottrina si propone di individuare tali contratti come 'contratti con l'impresa', per distinguerli dai 'contratti con i consumatori') ⁽⁷⁾, salvo poi integrare la specifica disciplina con quella propria del diritto dei consumatori in senso più ristretto, di talché i 'contratti con l'impresa' saranno disciplinati dalla normativa di trasparenza propria del settore regolato per tutti i contraenti e, integrativamente, dalla

⁽⁷⁾ In linea più generale, mette l'accento sul rilievo dell'attività professionale e sulla sua disciplina, piuttosto che sulla figura del consumatore, R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *EDP*, 2000, p. 983.

disciplina dei contratti dei consumatori in senso stretto per quei clienti dell'impresa anche consumatori, nel senso precisato dall'art. 3, co. 1, lett. a) c.cons. ⁽⁸⁾.

Così può dirsi della disciplina della trasparenza bancaria (in oggi si tratta degli artt. 115 ss. e 127 ss. d.lgs. 385/1993), e della disciplina della trasparenza nel contratto di assicurazione (artt. 165 ss., 182 ss. d.lgs. 209/2005), come della disciplina della trasparenza del contratto degli intermediari finanziari (art. 21 ss., d.lgs. 58/1998), in cui il contraente è indicato come 'cliente' o 'assicurato' e non come consumatore, e così può dirsi della nozione di 'utente' o 'passeggero' quale risulta dalla disciplina dei servizi pubblici essenziali di distribuzione di energia elettrica e gas, di trasporto e così via.

Ciò si verifica, in definitiva in tutti i settori regolati, in cui la disciplina del contratto (il c.d. contratto con l'impresa) non riguarda i soli rapporti tra consumatori e professionisti ma riguarda i rapporti dell'impresa che agisce nel quadro di un mercato regolamentato con l'insieme della sua clientela o con particolari categorie di clienti (ad es. i contraenti che sono definiti clienti 'al dettaglio' nella disciplina dell'intermediazione finanziaria).

Sul piano legislativo, il soggetto da tutelare è quindi indicato talora come «cliente» (nel TUB) ⁽⁹⁾, o «risparmiatore» (nel TUF), o «assicurato» (nel c. ass.) o ancora come «persona fisica o giuridica tratta in inganno», o come «viaggiatore» (*olim*, «turista») [l'acquirente, il cessionario o comunque il destinatario di un pacchetto turistico: artt. 33. 1° co., lett. c) c.tur.] o come «danneggiato» (negli artt. 114 ss. c.cons.).

Un ulteriore ambito normativo conviene quantomeno avere presente, pur ammesso che non lo si debba parimenti includere nello studio del diritto dei consumatori, per una certa affinità delle esigenze di tutela prese in considerazione e degli strumenti di intervento predisposti, e in particolare per il collegamento di entrambe le serie normative, sia pure in termini tra loro diversificati, con la disciplina della concorrenza e con

(6) *La nozione di 'cliente' dell'impresa*

(7) *I contratti asimmetrici tra imprese*

⁽⁸⁾ Si tratta di un tema oggetto di discussione (su cui v. *infra*, nt. 44).

⁽⁹⁾ V., in proposito, M. RABITTI, *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in CEI, 2014, p. 201 ss.

la disciplina del mercato. Si tratta dei c.d. ‘contratti asimmetrici di impresa’, riguardanti appunto i rapporti contrattuali tra imprese in posizione di così rilevante disparità da indurre il legislatore ad intervenire introducendo strumenti di tutela dell’imprenditore ‘debole’ e, correlativamente, di controllo dell’attività contrattuale dell’impresa ‘forte’ che possono in qualche modo essere assimilati a quelli propri dei consumatori, anche se essi rispondono a motivazioni in parte eterogenee rispetto a questi ultimi (si tratta dell’ambito definito in dottrina del ‘contratto asimmetrico tra imprese, o invece del ‘terzo contratto’, per distinguerlo dalla disciplina generale del contratto, individuato come ‘primo contratto’, e da quella dei contratti dei consumatori, individuati come ‘secondo contratto’) ⁽¹⁰⁾.

Si tratta di normative rivolte a disciplinare rapporti tra imprese poste su un piano di disparità (come la disciplina della subfornitura industriale, la disciplina dell’affiliazione commerciale, la disciplina dei ritardi nei pagamenti), vale a dire materie cui la figura del consumatore è manifestamente estranea, ma nelle quali il legislatore introduce una disciplina analoga a quella propria dei rapporti di consumo, riconoscendo simili esigenze di disciplina e apprestando corrispondenti meccanismi di tutela. Tali considerazioni potrebbero giustificare la loro inclusione, per ragioni sostantive, anche all’interno di una trattazione intitolata al ‘diritto dei consumatori’.

(8) *Nozione di consumatore e limiti della sua rilevanza*

Se si considera, quindi, che la disciplina della trasparenza contrattuale si estende almeno a queste tre grandi ripartizioni, si deve prendere atto che la nozione di ‘consumatore’ in senso stretto rileva solo in una di queste aree, e non nell’intero ambito considerato ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ In argomento, individua un generale ambito normativo comprensivo dei contratti di consumatori e utenti e di quelli asimmetrici delle imprese V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, in E. NAVARRETTA (cur.), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 289 ss., mentre, rispondono a una ‘terza’ dimensione della disciplina del contratto, assunta come in linea di principio separata da quella codicistica e da quella propria di utenti e consumatori, l’idea appunto del ‘terzo contratto’, i contributi raccolti da G. GITTI e G. VILLA (curr.), *Il terzo contratto*, Bologna, il Mulino, 2008.

⁽¹¹⁾ V. in proposito V. ROPPO, *Behavioural law and economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in RDP, 2013, p. 167 ss., e ivi ulteriori riferimenti.

3. Il consumatore come soggetto 'debole'

Conviene soffermarsi solo un momento sulla circostanza che la definizione di 'consumatore' non implica una differenziazione della disciplina su basi (propriamente) 'soggettive'.

Il consumatore, lo si è accennato poco fa, non è un 'soggetto' individuabile come tale ma solo, sia pure in negativo e in termini bisognosi di miglior precisazione, attraverso l'attività (non) svolta nel quadro della relazione contrattuale, la quale risulta a tale stregua caratterizzata nella sua disciplina ⁽¹²⁾.

Se nelle situazioni dei soggetti possono individuarsi gli elementi da cui dipende la disciplina dell'attività (e quindi del contratto), non è pertanto lo *status* ⁽¹³⁾ di consumatore a tracciare i confini in cui viene fornita tutela a situazioni di strutturale disparità tra le parti (il che non significa che in tali discipline non rilevi altresì la tutela della persona).

Il 'diritto dei consumatori' rappresenta, innanzitutto, secondo la più attendibile ricostruzione della materia, la disciplina del mercato al quale accedono i consumatori finali, mercato nel quale la posizione del contraente è caratterizzata dallo

(1) *Soggettività del consumatore*

⁽¹²⁾ La descrizione dell'ambito di applicazione apre peraltro il riferimento alla natura vincolante (o meno) delle definizioni legislative (in questo caso della definizione di 'consumatore') su cui si è soffermata (nel senso della vincolatività) la dottrina: v. in proposito A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, Giuffrè, 1977; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, I, 2, Milano, Giuffrè, 1980, p. 157 ss., e più di recente, con specifico riferimento alla nozione di consumatore (che peraltro rientra tra i concetti «chiaramente definiti» di cui al cons. 7 dir. 2011/83: G. DE CRISTOFARO, *Discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Tratt. Roppo contratti*, V, *Mercati regolati*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 32 nt. 47), cfr. M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2004, spec. p. 225 ss., ove riferimenti ulteriori. Tuttavia, come si è accennato nel testo, «il presupposto soggettivo di tali discipline costituisce sì un limite alla loro applicabilità, ma non individua il criterio in base al quale ricostruirle sistematicamente» [così P. SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, in F. MACARIO e M.N. MILETTI (curr.), *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 626].

⁽¹³⁾ Su una negazione, si dice, non si costruisce uno 'status': IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*², cit., p. 44; soprattutto quando il termine 'status' fosse impiegato nella sua accezione tecnica: G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *RTDPC*, 1998, p. 21.

scopo di 'consumo' (*alias*: non professionale): il legislatore comunitario prende in considerazione la figura del consumatore, per ridurvi le problematiche di tutela e di regolazione suscitate dai rapporti di massa e dall'economia della grande impresa di produzione e di distribuzione, per individuare l'ambito oggettivo dell'attività economica, il settore del mercato (il mercato finale in cui si effettuano gli scambi di beni e servizi per usi non strumentali al processo produttivo o distributivo delle imprese) che la disciplina ha per obiettivo, appunto, di regolare ⁽¹⁴⁾.

(2) *Dallo status
al contratto, e
ritorno?*

Quando il legislatore ha disciplinato settori chiaramente riconducibili alla teoria generale del contratto (come nel modo più evidente accade nella disciplina delle clausole vessatorie) con riferimento ai soli rapporti di consumo, ai contratti cioè in cui una delle parti è un professionista e l'altra un consumatore, la dottrina si è chiesta se non si stesse assistendo ad una frammentazione del diritto dei contratti ⁽¹⁵⁾, ed eventualmente se, nel quadro di tale frammentazione, non si fosse adottata una modalità di selezione della materia basata sullo *status* del soggetto, anziché di carattere generale, o quantomeno di una disciplina il cui ambito di applicazione fosse individuato su basi, appunto, soggettive ⁽¹⁶⁾, che sembravano introdurre una profonda frattura «del nostro ordinamento privatistico, mettendo in questione la stessa direttiva fondamentale della codificazione

⁽¹⁴⁾ V. in proposito, esemplarmente, A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. Lipari*, Padova, 2003, III, p. 83 e *passim*.

⁽¹⁵⁾ V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Gi*, 1993, IV, c. 60 ss.

⁽¹⁶⁾ V., ad es., P. RESCIGNO, in A. BARENGHI (cur.), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile*, Napoli, Jovene, 1996, p. XI: «occorre con chiarezza politica ed onestà intellettuale avvertire come da una disciplina informata al 'diritto eguale' dei soggetti e perciò indifferente alle condizioni socio-economiche, si vengano staccando settori in cui diviene decisiva la qualità (professionista, consumatore) dei contraenti, anche se la qualificazione non conduce ad uno 'statuto' che tenda a comprendere ed avvolgere l'intera esperienza di vita della persona»; cfr. G. STELLA RICHTER, *Il tramonto di un mito: la legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori)*, in *Gc*, 1999, II, p. 199 ss. Sulla nozione di 'status' professionale, v., anche per riferimenti, P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, in *Tratt. Sacco civile*, Torino, Utet, 2012, p. 73 ss.

del 1942, cioè l'unificazione del diritto privato»⁽¹⁷⁾, iscrivendosi nella linea della costruzione di una società neocorporativa, di una società fondata sugli *status*, «causa ed effetto di una disciplina più attenta ai profili sostanziali che a loro volta invocano misure giuridiche diverse, piuttosto che ai profili formali ai quali si era attenuta la codificazione»⁽¹⁸⁾.

La tutela del consumatore certamente ha di mira anche il riequilibrio della debolezza connaturata alla posizione del consumatore (come a quella dell'aderente) nei confronti della grande impresa (e, in linea generale, del 'professionista'), e così la mancanza di potere contrattuale e l'asimmetria informativa che lo caratterizza rispetto alla controparte professionale, specializzata invece nella contrattazione inerente il mercato specifico della prestazione caratterizzante il contratto.

Anche se le stesse giustificazioni su cui si fondano gli interventi normativi in materia di protezione dei consumatori – la rimozione di ostacoli alla concorrenza nel quadro della costruzione del mercato interno, la predisposizione di un ambiente normativo capace di armonizzare i costi derivanti dalla legislazione sull'attività contrattuale delle imprese sul mercato, la realizzazione di più equi rapporti contrattuali negli scambi di mercato – possono declinarsi con riferimento sia ai contratti delle imprese e dei professionisti con i consumatori sia ai contratti delle imprese e dei professionisti con altre imprese e altri professionisti, tanto che anche in questo settore del contratto asimmetrico tra imprese l'intervento del legislatore non è mancato, si afferma che la delimitazione dell'ambito interessato dai singoli interventi appartiene alla discrezionalità del legislatore⁽¹⁹⁾ laddove non si dimostri apertamente irragionevole o non contrasti con la stessa razionalità della norma.

La 'debolezza' contrattuale per giustificare un intervento sul contratto deve quindi «specificarsi e qualificarsi»

(3) *Necessaria concretizzazione della debolezza contrattuale*

⁽¹⁷⁾ Così L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *BBTC*, 1997, I, p. 17.

⁽¹⁸⁾ Così C. CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, in *RI*, 1983, p. 196.

⁽¹⁹⁾ V. in questo senso Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *FI*, 2003, I, c. 332 s., ed ivi la nota di A. PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, c. 343. V. anche *infra*, nt. 25.

«attraverso la definizione di una categoria di soggetti che *tipicamente* manifestano un'esigenza di tutela giustificando su queste basi le deroghe all'ugualitarismo soggettivo del diritto privato tradizionale», di talché la debolezza contrattuale (informativa, di potere contrattuale) rappresenta «semmai la *ratio* di discipline nuove che derogano alle regole classiche del contratto: il contraente debole è infatti categoria troppo generica per attingere la dimensione della fattispecie». Un simile esito sarebbe del resto «in contraddizione col principio di generalità della norma che caratterizza il diritto» oggettivo, ovvero, spostando il discorso sul piano oggettivo, potrebbe dirsi che «le espressioni 'giusto' e 'equilibrato' non sono autosufficienti dal punto di vista semantico, perché la loro funzione comunicativa è costituita sulla relazione con il paradigma di cui esse esprimono l'applicazione [...] indicano il risultato di una valutazione che avviene secondo un modello che è ad esse esterno, nel senso che non è incluso nel campo che evidenzia il loro significato» ⁽²⁰⁾.

(4) *Ridefinizione
della teoria
generale*

D'altra parte, un nuovo disegno (dell'intero sistema) del diritto contrattuale, di cui ancora nel recente passato si è avvertita l'opportunità ⁽²¹⁾, non sarebbe incompatibile con i diversi criteri distintivi accennati – preferendosi la locuzione «contratti del mercato», nei quali il soggetto interviene nell'esercizio della sua attività professionale, e, come sua controparte, interviene un consumatore, un utente, o, invece, un altro soggetto agente nel quadro della sua attività – se si può ancora condividere il monito a non «abbandonare il concetto fondante di contratto adottandone due diverse nozioni». Si tratterebbe allora di confermare «l'esistenza di categorie di contratti, come rami

⁽²⁰⁾ Così, rispettivamente, A. NICOLUSSI, *I consumatori*, in L. NIVARRA (cur.), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 422 s. (il corsivo è nel testo), e D. MESSINETTI, *Il 'falso' problema normativo della giustizia contrattuale*, in *RCDP*, 2009, p. 617. Sul tema, in una letteratura troppo articolata per farne anche solo cenno, v. anche C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *EDP*, 2008, p. 831 ss.

⁽²¹⁾ V. V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *RIDC*, 1994, I, p. 278; v. anche G. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 20 ss.; SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, cit.

innestati su un tronco comune, e di portarle a conseguenze rispettose dei valori economici e sociali attuali» (22).

Sotto questo profilo, lo si deve sottolineare, la nozione di consumatore è una nozione contingente e occasionale, cui non corrisponde una individuazione di carattere naturalistico del soggetto tutelato (come accadrebbe se la distinzione di riferisse a discriminazioni basate sul sesso o sull'età del contraente) né a una individuazione di carattere socio-economico (come accade quando il legislatore prende in considerazione la posizione contrattuale del lavoratore dipendente, o quella del conduttore di fondi rustici, o ancora quella del conduttore di immobili urbani a uso abitativo) ma si riferisce a una posizione appunto contingente e occasionale in cui il contraente si trova quando conclude contratti «estranei all'attività eventualmente esercitata» indipendentemente dalle concrete caratteristiche del soggetto contingentemente e occasionalmente rivestito della qualità di 'consumatore', e quindi come tale protetto.

Come è stato osservato, la figura del consumatore costituisce peraltro un limite all'applicabilità della disciplina dettata con specifico riferimento ai relativi contratti, «ma non individua il criterio in base al quale ricostruir[la] sistematicamente» (23), di talché non serve ad escludere che la specifica normativa possa a sua volta costituire la base dell'interpretazione e dell'applicazione analogica anche in altri settori dell'ordinamento, e altresì nel diritto privato generale (24), e ciò quantomeno in ragione della concretizzazione legislativa dei principi civilistici generali risultante dalle norme speciali (e sia pure in termini rigorosamente limitati dalla ricognizione di una 'lacuna' e

(5) *Carattere occasionale e contingente della qualità di 'consumatore'*

(6) *Rilevanza sistematica della disciplina. Perdurante valore fondamentale del principio di autonomia privata*

(22) G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *RIDC*, 2006, III, p. 43 ss.

(23) SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, cit., p. 626.

(24) Sul tema del diritto speciale, e per una ricostruzione del dibattito in cui si iscrive, v. i contributi raccolti da NAVARRETTA (cur.), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., e da A. PLAIA (cur.), *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, Giuffrè, 2008, e ivi in particolare C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, ivi, p. 5 ss.; M. LIBERTINI, *Alla ricerca del 'diritto privato generale' (appunti per una discussione)*, ivi, p. 265 ss. e S. MAZZAMUTO, *Postfazione*, ivi, p. 277 ss. Sul tema accennato nel prosieguo del testo v. anche l'analisi di A. ZAMBON, *Primi argomenti per una filosofia del diritto dei consumatori*, Pisa, ETS, 2020.

dalla costruzione del rapporto di analogia sul quale modellare l'applicazione della norma che del procedimento interpretativo per analogia costituisce l'esito).

La questione dell'impatto del diritto dei consumatori più in generale sul sistema, e quindi dell'applicazione analogica delle relative norme anche a situazioni diverse da quelle specificamente considerate, forse più che nella prospettiva di un ampliamento della nozione normativa di 'consumatore' deve ricercarsi nella possibilità di ricondurre i singoli meccanismi normativi tante volte reiterati nella nuova legislazione sul contratto, le esigenze di controllo dalle quali muovono e gli strumenti di tutela che introducono, a norme di carattere generale. I principi a queste ultime sottese – sia pure con tutta la cautela richiesta quando si interferisce con il principio fondamentale dell'autonomia privata, costituente ancora il criterio di fondo della disciplina del contratto – possono risultare arricchiti e specificati anche dalla normativa in discorso, in termini idonei a consentirne, per questa via, un'applicazione analogica fondata sulla rigorosa ricostruzione dei relativi presupposti ⁽²⁵⁾. Ciò sembra potersi dire indipendentemente dall'osservazione che il principio precedentemente codificato (ad es. quello della responsabilità contrattuale, di cui all'art. 1337 c.c.) fosse ritenuto capace o invece incapace di esprimere i precetti successivamente introdotti dal legislatore. Questi ultimi, insomma,

⁽²⁵⁾ V. in proposito ROPPO, *Behavioural law and economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, cit.; P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in RIDC, 2004, p. 787 ss.; Id., *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in RIDC, 2006, p. 415 ss., ed ivi ulteriori riferimenti. V. già, tra altri, F.D. BUSNELLI, in C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI (curr.), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, Cedam, 1999, p. 25 ss., che inoltre considera la buona fede come base della possibile applicazione analogica della novella; nello stesso senso A. BARENGHI, *sub art. 1469-bis*, in Id. (cur.), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, cit., p. 52 ss. V. sul punto specialmente JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, cit., p. 68, il quale opportunamente insiste sui limiti di tale possibilità: «regole introdotte per assicurare effettività al dispiegamento dell'autonomia contrattuale in un sistema concorrenziale, si trasformerebbero in disposizioni limitative dell'autonomia privata; nello stesso tempo ciò rappresenterebbe una camicia di Nesso destinata a soffocare la società civile, vale a dire quel complesso di relazioni giuridiche anche contrattuali che, per definizione, sono fuori dal mercato».

possono, e, forse, in una prospettiva sistematica che rifiuti una esasperata settorializzazione del diritto privato, devono essere valorizzati e riportati alla fattispecie generale, la cui lettura risulta, per questa via, arricchita ⁽²⁶⁾.

4. *Origini del diritto dei consumatori*

L'affermazione nell'ordinamento contemporaneo di un settore specifico di intervento pubblico rivolto alla protezione dei consumatori (tralasciando le più remote origini che vanno di pari passo con la diffusione dell'industrializzazione e dello sviluppo economico moderno), possono individuarsi in particolare nel periodo successivo alla Seconda guerra mondiale. Taluni episodi sono stati particolarmente significativi per consentire che maturasse un'adeguata consapevolezza relativamente all'esigenza di garantire la sicurezza e la salute dei consumatori, e meritano quindi di essere ancora ricordati.

Si pensi al caso del Thalidomide, il principio attivo di farmaci come il Contergan messo originariamente in commercio in Germania e poi in altre decine di paesi tra il 1957 e il 1962. Si trattava di un farmaco usato come sedativo, antidolorifico e sonnifero, ma utilizzato anche per curare la nausea nel corso della gravidanza. Esso tuttavia comportava, come solo successivamente sarebbe venuto alla luce, gravissime malformazioni nel feto, specialmente se assunto nei primi tre mesi (quindi proprio nel periodo di elezione del farmaco), provocando così decine

(1) *Origini negli Stati Uniti d'America*

⁽²⁶⁾ In questo senso le alternative non mi sembrano quelle indicate da G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in V. ROPPO (cur.), *Rimedi-2*, in *Tr. Roppo Contratto*, V-2, Milano, Giuffrè, 2006, p. 993, in nt. 44, di ritenere superflue le nuove norme, perché espressione del previgente principio, ovvero ridimensionato quest'ultimo dall'introduzione delle nuove norme, il che – sia ben chiaro – non significa di per sé estendere il contenuto delle norme 'speciali' a tutto l'ambito occupato dal principio generale, la cui declinazione può modularsi in relazione ai diversi territori ai quali l'interprete deve volgersi di volta in volta. Cfr. a proposito del tema accennato nel testo G. ROUHETTE, «*Droit de la consommation*» et *théorie générale du contrat*, in *Études Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 247 ss. («l'originalité du droit de la consommation, quant aux principes et notions, n'est que de révéler une réalité qui lui préexistait» donde la teoria generale del contratto deve essere rivista «en raison non pas d'altérations récentes, mais de déficiences anciennes, qui apparaissent désormais en pleine lumière», p. 248).

di migliaia di nascite segnate da gravi malformazioni in tutto il mondo. Fu proprio l'allarme destato da questo caso a provocare l'adozione negli Stati Uniti d'America di una normativa più stringente di protezione dei consumatori in séguito al messaggio indirizzato, nel 1962, dal presidente Kennedy al Congresso per l'emanazione di un *Bill of Rights* dei consumatori, con particolare riferimento al diritto alla sicurezza, all'informazione, alla libera scelta, e alla partecipazione.

Oggi, tuttavia, il diritto dei consumatori sembra trovare in Europa il suo più largo sviluppo, uno sviluppo che anzi una parte della letteratura statunitense critica, giudicandolo eccessivamente invasivo dell'autonomia privata, spesso basato su assunti non provati empiricamente, su tecniche di intervento instabili se non addirittura controproducenti, specialmente perché vi vengono impiegati meccanismi giudicati incapaci di raggiungere lo scopo perseguito o perché si tratta di discipline rivolte a platee di destinatari fra loro troppo diversificate ⁽²⁷⁾.

Le origini del 'diritto dei consumatori' e della 'protezione dei consumatori' intersecano inoltre, inevitabilmente, l'altra e parallela tematica dei 'contratti di impresa' e dei 'contratti di massa'. Negli ordinamenti moderni, infatti, si assiste all'introduzione di discipline civilistiche che servono a creare le infrastrutture giuridiche dello sviluppo economico, e a tale processo devono essere ricondotte sia la disciplina dei contratti di massa in genere, sia la disciplina dei contratti dei consumatori.

Nel periodo successivo alla Prima guerra mondiale, in Italia i giuristi si resero conto dell'arretratezza del sistema giuridico (civilistico e commercialistico) rispetto alle esigenze economiche delle imprese, alle necessità poste dal sistema capitalistico per consentire lo sviluppo di iniziative imprenditoriali di grandi dimensioni e la diffusione di beni e di servizi idonei a costituire a loro volta un volano per lo sviluppo e il miglioramento delle condizioni di vita. Si può fare, in questo senso, riferimento a quanto scriveva fin dal 1919, riflettendo sulla legislazione di guerra, un autore come Filippo Vassalli, che del Codice civile del 1942 sarebbe poi stato «l'ispiratore e

⁽²⁷⁾ V. riassuntivamente D. CARUSO, *The baby and the bath water: The American critique of European contract law*, 61 *AJCL*, 2013, p. 479 ss.

l'artefice» ⁽²⁸⁾: i «nostri codici di diritto privato ignorano questi aspetti più recenti dell'economia capitalistica. Essi disciplinano essenzialmente rapporti che si svolgono in un'economia individualistica» ⁽²⁹⁾.

Così, il Codice civile italiano del 1942 è il primo codice civile a introdurre una disciplina dei contratti di massa, negli artt. 1341, 1342 e 1370. Come è stato sottolineato, la stessa sussistenza di questa disciplina positiva avrebbe poi rappresentato nel tempo un freno all'elaborazione di un'interpretazione evolutiva delle clausole generali in termini di tutela dell'aderente nei contratti di massa, quale si andava verificando in altri ordinamenti privi di tale specifica disciplina, come quello germanico ⁽³⁰⁾.

Secondo la prima di queste due disposizioni, le condizioni generali di contratto (quelle cioè predisposte dall'imprenditore per disciplinare una pluralità di contratti, cui prevede di prender parte) sono efficaci se l'aderente le ha conosciute o se avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza (1° co.) mentre talune clausole – quelle che introducono «a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria» – non sono valide se non sono specificamente approvate per iscritto (art. 1341, 2° co., c.c.). La seconda disposizione (art. 1342 c.c.) si riferisce invece ai 'moduli e formulari', prevedendo anche in questo caso la specifica necessità di approvazione scritta delle clausole vessatorie e d'altra parte la prevalenza delle clausole aggiunte a penna su quelle a stampa, anche

(5) *La disciplina del Codice civile in merito ai contratti per adesione*

⁽²⁸⁾ V. in breve G.B. FERRI, voce *Vassalli, Filippo*, in I. BIROCCHI *et al.* (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, il Mulino, 2013, II, p. 2023.

⁽²⁹⁾ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1919), ora in ID., *Studi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1960, II, pp. 339 ss., 357-58.

⁽³⁰⁾ Per quest'osservazione, v. V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 232.

se queste ultime non siano state cancellate. Infine, l'art. 1370 c.c. prescrive, in caso di dubbio, l'interpretazione delle clausole a favore dell'aderente e contro il predisponente.

A tale riguardo la *Relazione al Codice civile* ⁽³¹⁾ si riferisce in particolare al «bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa», e quindi all'esigenza di organizzare l'attività di impresa sulla base di una previsione complessiva dei costi inerenti ai rapporti con la clientela, che non possono variare da singolo contratto a contratto (si tratta, infatti, di attività destinate a tradursi in miriadi di rapporti contrattuali, bisognose, per la stessa definizione del prodotto e organizzazione dell'attività, di un elevato quoziente di standardizzazione). Essa precisa quindi che «la realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattativa, che imporrebbe intralci spesso insuperabili». Saggiunge, infine, di voler «ovviare ad ogni abuso, anzitutto dando efficienza giuridica solo alle condizioni generali che al momento del contratto il cliente aveva conosciuto o avrebbe dovuto conoscere [...] in secondo luogo dichiarando nulle le clausole di particolare gravità, se sulle stesse non sia stata specificamente richiamata la sua attenzione».

Queste disposizioni si traducono, pertanto, in un positivo riconoscimento del fenomeno della contrattazione d'impresa, dietro la quale si cela poi un vero e proprio potere normativo privato, in particolare in taluni settori economici (si pensi ai contratti bancari, regolati quasi di sfuggita nel Codice civile e invece largamente disciplinati dalle *Norme bancarie uniformi*: v. *infra*, XII, 2⁴), e nella riduzione del problema della tutela dell'aderente, da considerare invece un problema sostanziale inerente il contenuto dei rapporti, la loro configurazione, la posizione dell'impresa e dell'aderente nel mercato, a un mero problema di tecniche di conclusione del contratto (le due norme prima citate, gli artt. 1341-1342, non per caso sono poste nella sezione dedicata all'«accordo delle parti» nel capo sui «requisiti del contratto»).

⁽³¹⁾ *Relazione al c.c.*, n. 612, p. 132.

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.

