

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/11/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35632-il-consumatore-e-i-contratti-per-adesione>

Autore: Riccardo Daniela

Il consumatore e i contratti per adesione

IL CONSUMATORE E I CONTRATTI PER ADESIONE

I contratti per adesione sono caratterizzati da una posizione di “disequilibrio” tra le parti. Questa differenza di posizioni contrattuali è pienamente conforme a quanto previsto dall'ordinamento giuridico, nella parte in cui, all'art. 41 comma 1 della Costituzione si esplicita che: *“l'iniziativa economica privata è libera”*.

Pertanto il libero esercizio dell'iniziativa economica privata permette al legislatore di individuare tipologie contrattuali concluse tra professionista e consumatore.

Tali contratti, definiti per adesione, sono caratterizzati da un lato dal fatto che le parti negoziali sono denominate “contraente forte (il professionista)” e “contraente debole (il consumatore)” e, dall'altro che l'accezione “..per adesione” è riferita al consumatore che, per l'appunto, aderisce all'accordo fondamentalmente impostato dall'imprenditore.

La prassi della standardizzazione risulta oggi diffusissima nella maggior parte dei settori pubblici-economici basti pensare ai contratti conclusi con: banche, assicurazioni o ancora i contratti inerenti forniture di: acqua, luce e gas.

Tutta questa posizione di squilibrio tra le parti ha da sempre raccolto l'attenzione del legislatore che ha tentato di tutelare il consumatore.

In primis con l'art. 1342- comma I del codice civile del 1942 sono stati dati dei punti fermi in grado di porre forti limiti alla posizione dominate lasciata all'impresa e alla grande distribuzione durante la stipula dei su citati contratti.

L'art. 1342- comma I c.c. stabilisce che: *“Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o formulario prevalgono su quelle del modulo o formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate.”*

Inoltre l'art. 1341 – comma I c.c. stabilisce che: *“Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.”*

A partire da questi due articoli del codice civile, inseriti nel libro IV delle obbligazioni, al Titolo II – dei contratti in generale, il legislatore ha voluto cominciare a tutelare il consumatore contraente debole.

In realtà mentre il comma I dell'articolo 1342 c.c. è un limite importante a carico dell'imprenditore, il comma I dell'articolo 1341 c.c. attribuisce una particolare garanzia al consumatore avverso quelle clausole abusive che, per la natura giuridica e per il carattere dei contratti standard, facilmente sono apposte agli stessi dal c.d. contraente forte.

Tutto ciò è stato possibile quando il legislatore italiano ha cominciato a riconoscere la necessità di una disciplina giuridica regolatrice della materia del consumo e sono state, pertanto attuate le direttive comunitarie 93/13/CEE del 5 aprile 1993 a cui l'Italia aderisce con ben 14 mesi di ritardo ovvero con la legge 6 febbraio 1996 n. 52 (c.d. Legge comunitaria per il 1994).

Da questo preciso istante è stato inserito, nel Libro IV del codice civile un apposito Capo XIV-bis, rubricato “dei contratti del consumatore” e costituito da ben 5 articoli dal 1469-bis al 1469-sexies a chiusura del titolo II dedicato ai contratti in generale.

Gli articoli 1469-bis e ss. c.c. si applicano solo ai contratti conclusi tra consumatore e professionista intendendosi per professionista: “la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale utilizza il contratto”; e per consumatore: “la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale eventualmente svolta (escludendo: le società, i piccoli imprenditori, gli artigiani in genere, i subfornitori. Anche se poi il diritto dei consumatori è sempre in evoluzione).

Pertanto grazie a questa disciplina giuridica è stata per la prima volta introdotta la nozione di consumatore alla quale né la Costituzione né il codice civile prima del 1994 avevano dato una identità.

Nello specifico gli articoli inerenti il Capo XIV – bis c.c. , disciplinavano le c.d. “clausole vessatorie” inserite nei contratti standard a vantaggio dell'imprenditore-professionista.

La vessatorietà di tali clausole era pertanto in riferimento al consumatore che, con la sola adesione a tali contratti non poteva trovare una posizione di proprio favore all'interno del negozio giuridico ma ne rimaneva esclusivamente vessato.

Si considerano vessatorie (o abusive) le clausole che determinano un vero e proprio squilibrio tra il professionista e il consumatore.

L'art. 1469-bis comma II (ora derogato agli art. 33-37 bis con l'entrata in vigore del codice del consumo) stabiliva che non possono considerarsi vessatorie le clausole che attengono alla determinazione dell'oggetto del contratto o all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi purchè, tuttavia, tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile; non possono considerarsi vessatorie neppure le clausole che riproducono disposizioni di legge (art. 1469-ter comma III).

Ed ancora, sono sempre considerate vessatorie, senza possibilità di prova contraria le clausole inserite in una c.d. Black List (1469-quinquies comma II).

Infine, si considerano vessatorie fino a prova contraria tutte le clausole contenute nel lungo elenco di cui al comma III dell'art. 1469-bis a meno che il professionista dimostri che, nel caso di specie, non lo erano, ovvero dimostri che non erano state impostate unilateralmente perchè avevano formato oggetto di trattativa individuale (art. 1469-quater-comma IV).

IL CODICE DEL CONSUMO:

Nonostante gli sforzi della legislazione italiana intrapresi al fine di controbilanciare le posizioni troppo disomogenee tra consumatore e professionista, il solo Capo XIV-bis del Titolo II del codice civile non bastava a porre una forte tutela verso il consumatore.

Le costanti novità in ambito economico europeo e nazionale erano sempre più rivolte a ad un mercato “consumista” che non alla libera concorrenza tra imprese.

Nel nuovo millennio il consumismo divenne una realtà importante e, pertanto, anche il giurista doveva adeguarsi a questa prospettiva.

Da tali presupposti nasce il “diritto dei consumatori” un ambito giuridico dapprima comunitario e poi anche Italiano.

Autorità di controllo, associazioni dei consumatori, Camere di Commercio si attivarono affinché fosse ben presto riconosciuto: un diritto dei consumatori, un codice del consumo e una vera e propria responsabilità del produttore.

In data 23 ottobre 2005 è entrato in vigore il codice del consumo.

Si tratta del decreto legislativo 6 settembre 2005, n.206 recante il riassetto della normativa posta a tutela del consumatore, che si compone di ben 146 articoli (diventati 170 dopo le modifiche del 2007), ed è frutto del lavoro di una commissione istituita presso il Ministero dello Sviluppo economico, in forza della legge delega contenuta nell'art. 7 della legge 29 luglio 2003 n. 229.

L'esatta analisi storica che ha portato alla nascita del codice del consumo, non è oggetto di questa trattazione, né tanto meno l'elencazione di tutti gli articoli compresi nello stesso.

Ciò che importa sapere in questa sede è il percorso che il legislatore ha fatto nel riconoscimento di una posizione troppo sfavorevole per il “contraente debole” a seguito del cambio , dapprima internazionale ed europeo e poi anche nazionale di un punto di vista economico e di mercato industriale basato non più esclusivamente sull'impresa ma soprattutto sul fenomeno del consumismo.

L'approvazione del Codice segna una pietra miliare nella tutela dei consumatori italiani soprattutto per la rilevanza che il nuovo “ordinamento” assume in termini di politica del diritto.

Per semplicità espositiva, qui basti sottolineare semplicemente che il codice del consumo ha apportato molteplici novità .

Il Decreto Legislativo n.206/2005, ha posto fine alla inerzia e frammentazione legislativa che aveva sino ad ora caratterizzato il Diritto dei Consumatori.

Alcune novità importanti introdotte dal codice dei consumatori sono le seguenti.

La **parte Prima** contiene le “Disposizioni Generali”, in cui sono confluite alcune norme della l. n. 281/98.(la quale disciplinava i diritti dei consumatori e degli utenti in attuazione dell'apposita disciplina comunitaria).

Invariata è la parte relativa ai diritti dei consumatori e alle definizioni di “consumatore” e “professionista”.

La **parte seconda** disciplina l'educazione, l'informazione e la pubblicità ed accoglie norme tratte dalla legge n.281/98, dalla Legge n.126/91 e dal Decreto Ministeriale 101/97.

Il primo importante segno di novità riguarda l'art. 4 inerente “l'educazione del consumatore” per il tramite del quale si spiega l'importanza della consapevolezza di far parte di una categoria “quella dei consumatori” e, di conseguenza, favorire la partecipazione ad associazioni o a procedimenti amministrativi di rappresentanza.

Da ultimo ma non per ultimo vi è inserita la parte che entra nel vivo della argomentazione inerente il contratto concluso dal consumatore.

Questa precisa parte del Codice, disciplina il rapporto di consumo e si apre con la materia dei contratti del consumatore in generale (artt. Dal 33 al 37) precedentemente contenuta nel codice civile (art. 1469 bis / sexies).

LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI NEL CODICE DEL CONSUMO- le clausole vessatorie.

Come precedentemente anticipato, il codice del consumo si occupa della “vessatorietà” di clausole che creano ancor di più un forte squilibrio tra contraente forte e contraente debole.

Di clausole vessatorie o abusive dei contratti per adesione non si cominciò a parlarne con il codice del consumo, ma già il Titolo II del Capo XIV del cod. civ. agli artt.1469-bis e s.s. le disciplinava.

Non solo, la direttiva comunitaria 93/13/CEE del 5 aprile 1993 aveva già precisato, sulla base di quali parametri una clausola contrattuale inserita in contratti standard, per adesione o di massa, potesse essere considerata vessatoria.

Infatti, proprio da questo punto di partenza si incentrano gli articoli che vanno dal 33 al 38 del codice del consumo e che dettano un quadro preciso in riferimento alle clausole vessatorie.

La normativa in questione mira ad evitare che il professionista abusi sia della sua posizione che della sua competenza al momento della stipula di un contratto con il consumatore.

Ai sensi dell'art. 33 del codice del consumo, nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole volte a generare uno squilibrio significativo, a carico del consumatore, dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto malgrado la buona fede.

E' chiaro che questo disposto ricalca quasi fedelmente quanto già contenuto dall'art. 1469-bis .comma II c.c. in merito alla specificazione del “significativo squilibrio”.

E' con questa locuzione infatti che l'attenzione si incentrò in un primo momento sullo squilibrio e solo in successivamente sulla vera e propria tutela del consumatore.

Non era possibile stabilire un ambito di tutela del contraente debole senza prima ovviare alla problematica relativa alla posizione dominante del contraente forte.

Lo squilibrio a cui allude il legislatore viene associato alla buona fede del consumatore ed è quindi chiaro che in termini di vessatorietà le clausole saranno abusive quando il professionista tenterà, per il tramite di esse, di approfittare della sua posizione ed agirà in mala fede.

Infatti, come precisato dall'art. 34 comma II codice del consumo “ la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi”.

Questo significa che la vessatorietà non investe la qualità o la quantità dei beni o servizi offerti o la congruità del prezzo pattuito, ma piuttosto concerne l'equilibrio stesso dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto per entrambe le parti.

La vera e propria novità introdotta dal codice del consumo in seno alle clausole vessatorie è data dalla presenza di un elenco, la c.d. “lista grigia” in cui vi sono una serie di clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria .

Questo significa che mentre in presenza di una delle clausole riconducibili a tale lista, il consumatore potrà ritenersi sollevato dagli oneri probatori in virtù dell'operatività di tale presunzione legale limitandosi ad allegare l'appartenenza della clausola *de qua* ad una delle ipotesi tipizzate dalla lista, il professionista dovrà necessariamente vincere siffatta presunzione provando che la clausola stessa non è nel caso vessatoria.

Tale possibilità di apertura nasce dalla consapevolezza giuridica che l'imprenditore, per l'esercizio della sua attività, si pone in una posizione preponderante rispetto al consumatore e, pertanto, l'inserimento nei contratti per adesione, di clausole vessatorie rientra nell'esercizio dell'attività imprenditoriale purchè si rispettino i limiti posti dalla legge.

I limiti sono dettati dalla black list (contenente clausole vessatorie sempre e comunque che comportano, se inserite, la loro nullità con conseguente esclusione delle stesse dal contratto che potrà rimanere in vita a meno che le stesse non ne abbiano inficiato l'intero contenuto, nel qual caso risulterà nullo per intero) ovvero dalla lista grigia che prevede le clausole vessatorie fino a prova contraria, prova che dovrà essere data dall'imprenditore il quale potrà liberarsi provando: o che la clausola non è vessatoria perchè non mira a raggirare nessuno ma rientra tra la possibilità di esercizio dell'attività imprenditoriale o che il consumatore l'ha sottoscritta e, pertanto l'ha accettata come condizione generale del contratto.

L'art. 34 del Codice del Consumo, titolato "Accertamento della vessatorietà delle clausole" stabilisce che: *La vessatorietà di una clausola è valutata 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 clausole del contratto medesimo o di un altro collegato da cui dipende (comma I).*

Questo articolo permette di comprendere fino in fondo quali sono i presupposti che rendono una clausola vessatoria.

In realtà è logico pensare che se oggetto del contratto è comunque un accordo raggiunto tra due contraenti in posizione sproporzionata a prescindere, la clausola sarà vessatoria solo se il contraente debole non poteva conoscerla ovvero poteva percepirla in maniera del tutto distorta .

Lo stesso articolo, nel prosieguo, precisa che : *la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purchè tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.(comma II).*

Questo assunto è ancor più rilevante nel comma V dello stesso articolo che espone: *nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore.*

Come chiarito in precedenza è però impossibile che il professionista entri in trattativa con ogni consumatore per la mole di contratti che ogni giorno tende a stipulare, pertanto da una prima lettura, il disposto dell'articolo in questione sembrerebbe un assunto contraddittorio.

Pertanto si è soliti interpretare tale comma con la volontà del legislatore di tutelare il consumatore relativamente alla conoscibilità chiara ed inequivocabile rispetto a tutte le clausole vessatorie o meno inserite nel contratto.

Infatti se al momento della stipula il consumatore ha potuto diligentemente conoscere e comprendere esattamente il contenuto delle clausole contrattuali, non vi potrà essere responsabilità alcuna da parte dell'imprenditore pur se egli le ha predisposte unilateralmente inserendole in moduli o formulari.

Questo è ancor più espresso nel successivo primo comma dell'articolo 35 : *nel caso di contratti in cui le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile.*

Si precisa infatti che tutto ciò che non è chiaro ovvero risulta incomprensibile al consumatore, risulta tale in quanto talvolta manca l'esperienza grazie alla quale è possibile comprendere particolari tecnici, ovvero precisazioni sotto-intese.

Infatti, tutto ciò dovrà essere considerato come abusivo e, pertanto, bandito dall'ordinamento.

In merito a ciò, il comma II dello stesso art. 35 prosegue: *in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore.*

Particolare attenzione merita l'art.35 intitolato: “Nullità di protezione”. Più esattamente il primo comma di questo articolo statuisce che: *le clausole considerate vessatorie ai sensi degli art. 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto.*

Normale logicità interpretativa vuole che una volta individuato il problema si cerchi di darne soluzione adeguata.

Pertanto il legislatore precisa che, se il contratto oggetto di nostra trattazione, è inficiato dalla presenza di clausole vessatorie, ovvero presenta clausole elencate nell'art. 33 (al comma 2 dalla lettera a) alla lettera v), ovvero se viene accertata la vessatorietà di tali clausole in base ai parametri dettati dall'art. 34, esse sono nulle mentre il resto del contratto rimane valido.

Il rimedio contro le clausole vessatorie nei contratti conclusi con i consumatori è regolato a livello europeo dall'art. 6 della dir. 93/13 che, quale conseguenza della vessatorietà di una clausola, prevede che questa sia “non vincolante” e che “il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini sempre che possa sussistere senza le clausole abusive”.

La scelta dell'espressione “non vincolante” è stata poi sostituita con la nullità una volta che la disciplina di cui agli artt.1469- bis/sexies c.c. è stata trasferita nel codice del consumo del 2005 agli artt.33-38.

Diciamo che al momento della tutela relativa alle clausole vessatorie l'attribuzione alle stesse della “non vincolatività” è stata possibile grazie alla presenza nel nostro codice civile sia degli art. 1341 che del 1469 bis- sexies infatti, gli stessi, sono soltanto stati successivamente derogati rimanendo, il loro contenuto legislativo, valido, perchè assorbito dai nuovi articoli del codice del consumo.

Comunque di nullità vera e propria delle clausole vessatorie ne cominciò a parlare per la prima volta la Corte Europea e solo successivamente il nostro legislatore.

Ma, nonostante gli innumerevoli sforzi, quanto disposto dall'art. 36 codice consumo e, ancora prima dall'art. 1469 quinquies non era sufficiente a fugare i dubbi interpretativi in seno all'inefficacia e/o nullità delle clausole abusive.

Vale a tal proposito riportare la Cassazione in una sua pronuncia, la quale ha affermato che . “a tale modifica normativa”- ossia quella che ha sostituito nel codice del consumo l'inefficacia con la nullità – non sembra potersi invero negare portata innovativa, dovendo invece ritenersi che per quanto non oggetto di specifica e particolare regolamentazione, trova applicazione la disciplina generale dettata nel codice in tema di nullità del contratto, artt.1418 e ss. c.c.

Quando, nei contratti dei consumatori, esistono clausole vessatorie ai sensi dell'art. 33 (che espressamente le elenca) e 34 (che indica i parametri da cui desumere la vessatorietà) del D.Lgs. 6 settembre 2005 n.206 (codice consumo), queste (e solo queste), sono nulle, mentre il contratto resta valido per la restante parte (art. 36 c. cons.)

Il legislatore, utilizzando quindi la categoria codicistica della nullità, sanziona la violazione imputabile della parte economicamente, quindi contrattualmente, più forte, a mezzo della regola generale dettata dall'art. 2 comma 2, lett. e c. cons., per la quale “ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali”. Detta norma, che segue il diritto dei consumatori a c) una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità e d) all'educazione al consumo, attribuisce ai medesimi il diritto fondamentale ad un rapporto contrattuale cristallino e corretto nei confronti delle clausole vessatorie di cui all'art. 33 c. cons. che sono caratterizzate dal determinare ed individuare a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Il dato giuridico non è privo di rilevanza, se non altro per il fatto che, forse per la prima volta già a far data dagli oggi abrogati artt. da 1469- bis a 1469- sexies c.c., viene messo in discussione il precedente dogma giuridico ottocentesco per cui le parti di un contratto erano totalmente libere

(assunto derivante dal fatto che le medesime sono formalmente uguali) di elaborare a loro piacimento il contenuto, quindi le clausole, del contratto che si accingevano a stipulare.

Il legislatore moderno, pur mantenendo fermo l'intangibile principio di uguaglianza tra le parti, con la normativa afferente alla nullità delle clausole vessatorie ha voluto tutelare la più debole categoria del consumatore, e ciò in attuazione sia dei principi costituzionali di uguaglianza sostanziale che di solidarietà sociale. L'inserimento nei contratti dei consumatori della clausole vessatorie (abusiva, se si vuole utilizzare il forse più preciso e appropriato linguaggio del legislatore comunitario) si traduce pertanto in un'ingiustizia "costituzionalmente qualificata", pur condividendosi l'idea secondo cui il redattore del codice di consumo ha riferito l'aggettivo "fondamentali" che qualifica i diritti dei consumatori" a posizioni giuridiche essenziali sicché alla disciplina consumistica sfuggono qui i diritti già elevati a diritti di rango costituzionale.

Molta attenzione merita quanto segue : le "clausole principali" di un contratto stipulato dal consumatore (ovvero quelle che determinano la natura stessa dell'accordo contrattuale tra le parti) non possono mai essere sottoposte al vaglio di vessatorietà del giudice ordinario. Per cui mai il consumatore potrà invocare la nullità di quelle clausole che, all'interno di un contratto stipulato col professionista vengano predisposte da quest'ultimo per indicare la natura ed il tipo di prodotto offerto (es. assicurazione per la responsabilità civile, apertura di un conto corrente bancario, fornitura di una linea telefonica), piuttosto che la qualità dei beni o dei servizi forniti, nonché il costo dei medesimi, e che il consumatore stesso, sottoscrivendo il documento accetti, assumendo contestualmente, l'obbligo di farvi fronte.

FOCUS DI GIURISPRUDENZA

1) "Nel contratto di assicurazione sono da considerare clausole limitative della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 c.c., solo quelle clausole che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito mentre attengono all'oggetto del contratto, e non sono perciò assoggettate al regime previsto dal comma 2 di detta norma, le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito." (Corte di Cassazione, sez. III Civile, sent 26 giugno 2012 n. 10619)

Con questa pronuncia la Corte di Cassazione vuole porre una precisa interpretazione sulla vessatorietà delle clausole contrattuali.

Con l'introduzione degli articoli 33 e 34 del codice del consumo, relativi alle clausole vessatorie, si è avuto un fenomeno esagerato di tutela del consumatore.

Infatti la vessatorietà della clausole è stata confusa spesso e volentieri con il libero e autonomo esercizio dell'autonomia contrattuale, previsto e disciplinato dall'art. 1322 c.c.

Talvolta, parlando troppo superficialmente di abusivismo delle clausole, non si è tenuto nel debito conto che le parti contrattuali, nello svolgimento delle loro trattative, possono stabilire in piena autonomia il contenuto del loro accordo pertanto parlare sempre e comunque di "clausole vessatorie" solo perchè siamo di fronte a contratti conclusi tra professionista e consumatore è assolutamente sbagliato.

Nel caso di specie la Corte muove dall'assunto stesso di "vessatorietà" della clausola: se ci si riferisce a quella clausola, ex art. 1341 comma 2 c.c., essa attiene a quella clausola inserita in moduli o formulari atti ad una serie sconfinata di rapporti.

Ma tale clausola risponde a disciplina giuridica diversa rispetto a quella prevista dal codice del consumo.

Più precisamente gli artt. 33 e ss. Cod. cons. sottolineano come la vessatorietà non può attenersi anche al rapporto contrattuale "singolarmente e individualmente negoziato per lo specifico affare" (Cass. n.6802/2010), "...Giova aggiungere che, per potersi configurare l'ipotesi contemplata nel secondo comma dell'art. 1341 c.c. in tema di condizioni generali di contratto, non è sufficiente che uno dei contraenti abbia predisposto l'intero contratto al quale l'altra parte ha prestato adesione,

ma occorre che lo schema negoziale sia preconstituito e le condizioni generali siano determinate mediante appositi strumenti(moduli o formulari).... senza che l'altro contraente abbia apportato alcuna modifica ...”

Nel caso di specie, relativo al contratto assicurativo, la Giurisprudenza della Suprema Corte ha chiarito che sono da considerare clausole limitative della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 c.c., soltanto quelle che limitano le circostanze colpose ovvero l'inadempimento oppure che escludono il rischio garantito, rientrando tutte le altre nelle normali condizioni generali di contratto.

2) *La tutela del consumatore da parte degli stati membri può anche superare le garanzie previste dalla normativa europea” (è quanto è stato stabilito dalla normativa europea precisamente dalla Corte di Giustizia Europea con sentenza 15 marzo 2012 nella causa C-453/10 relativa ad un contratto di finanziamento che presentava tassi di interesse esorbitanti).*

Per la giurisprudenza europea, l'art. 6- paragrafo 1 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio 5 aprile 1993, inerente la disciplina della clausole vessatorie intrinseche in contratti stipulati con il consumatore, deve essere interpretato nel senso che bisogna verificare se nel contratto conclusosi tra consumatore e professionista e contenente clausole vessatorie, ci siano i presupposti affinché tale contratto resti in vita e abbia significato senza la presenza di dette clausole abusive. Però questa direttiva non vieta, secondo la Suprema Corte di Giustizia Europea, ad ogni Stato membro, di provvedere, nel rispetto del diritto dell'Unione, a che un contratto stipulato tra professionista e consumatore e contenente una o più clausole vessatorie sia nullo nel suo complesso qualora risulti che l'intera nullità potrebbe garantire maggior tutela al consumatore.

Si tratta di una misura volta a riequilibrare le posizioni talvolta troppo sbilanciate dei due soggetti contraenti (consumatore e professionista).

La pronuncia della Corte di giustizia Europea non mira a sconfessare le disposizioni del codice del consumo relative alla nullità esclusiva delle clausole abusive ma, al contrario, vuole dare autonomia agli stati membri di applicazione di misure più restrittive per l'imprenditore ovvero di una maggior tutela per il consumatore arrivando, se del caso, a considerare nullo l'intero contratto se questo è totalmente sfavorevole al consumatore.

E' CONSUMATORE SOLO LA PERSONA FISICA, interpretazione dell'art. 3 cod.cons.

Tanto la l. n. 281/1998 quanto gli artt. 1469 bis e s.s. c.c., così come riconfermati ex lege n. 206/2005, in riferimento alla sola persona fisica, escludono dalla categoria dei consumatori tutelata dalla normativa, tutti quei soggetti che, pur operando professionalmente non sono persone fisiche ovvero tutti quei soggetti che, pur rientrando nella nozione di professionista si trovano in posizione inferiore sul mercato rispetto alle loro controparti.

Nonostante le numerose critiche inerenti la restrittività della categoria dei “consumatori” , la scelta è stata fondamentale dettata dal voler chiarire con precisione chi non è mai stato parte di una categoria e, pertanto, non è mai stato oggetto di tutela alcuna da specifiche disposizioni legislative.

Certo è che notevoli dubbi si sono avuti così come in dottrina anche in giurisprudenza con riferimento a quella categoria di imprenditori che avrebbero bisogno di esser tutelati rispetto alla grande distribuzione ma che non possono ricevere tutela dal codice del consumo in quanto persone giuridiche (piccoli imprenditori).

E' opinione ormai consolidate e diffusa che il piccolo imprenditore spesso versa in condizione di debolezza che pertanto non trova piena tutela in rami legislativi che, al contrario, potrebbero far risollevarne la sua posizione.

Allo stesso modo, altri soggetti collettivi, anche privi di personalità giuridica, svolgono la loro attività prevalentemente in modo estraneo a qualsiasi scopo lucrativo e, quindi, non operano secondo logiche professionali (associazione o ente di fatto, cooperativa , comitato ovvero

fondazione).

Per ovviare a questi inconvenienti, la dottrina ha cercato una strada interpretativa che potesse garantire tutela a tali soggetti.

Infatti molti autori hanno ipotizzato un'interpretazione analogica estensiva di parte della normativa sul consumatore a soggetti che, pur se diversi dalle persone fisiche, necessitavano della stessa tutela; altri hanno limitato l'estensione interpretativa alla sola applicazione del principio di buona fede ovvero ai rimedi circa l'irragionevolezza.

Però entrambe queste strade non sembravano convincenti e, per tale motivo, non furono mai accolte dal legislatore che, quindi, decise di limitare la tutela del consumatore al solo "consumatore-persona fisica diverso dal professionista".

Tutto questo fu originato da un artigiano, che stipulò un contratto particolarmente a lui oneroso e si rivolse al Giudice di Pace di San Remo, chiedendo l'applicazione delle regole poste a tutela del consumatore (agli artt. 1469 bis e s.s. c.c. e del codice del consumo) nonostante lui fosse imprenditore.

Secondo il Giudice l'applicabilità di tali norme va estesa anche al piccolo imprenditore perché, se così non fosse, si porrebbe un problema di costituzionalità delle stesse in riferimento a una situazione di notevole squilibrio assolutamente vietata dall'art. 3 della Costituzione secondo il quale situazioni simili devono essere trattate in modo simile.

Però il nostro ordinamento prevede che tali questioni siano risolte dalla Corte Costituzionale e, pertanto il tutto fu rimesso al Suo Supremo Giudizio.

La Corte Costituzionale però, investita del problema, rispose con la sentenza del 20 novembre 2002, dichiarando infondata la questione ed argomentando che le norme di protezione del consumatore sono finalizzate a tutelare soggetti che in base all'esperienza sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare, dotati per via dell'attività svolta delle condizioni idonee per contrattare su un piano di parità con la controparte.

E' chiaro che ci fu un tentativo ma fu assolutamente bocciato: la Corte Costituzionale non ritenne fosse possibile estendere le norme poste a tutela del consumatore ad altra categoria che non sia quella della persona fisica priva di professionalità.

La questione, così come descritta sembrava chiusa e, invece, dottrina e giurisprudenza dalla pronuncia del 2002 hanno tentato di esaminare più volte il problema perché non soddisfatte di quanto sosteneva la Corte Costituzionale.

In merito a ciò, tante interpretazioni giurisprudenziali hanno fatto la storia giuridica del "piccolo-imprenditore-consumatore" ed oggi qualcosa sembra ormai muoversi in direzione completamente diversa dalla lontana pronuncia del 2002.

Invero, questa esigenza che in Italia si cominciò a far sentire circa dal 2000 in poi, in altri Paesi, ad esempio, Brasile, Grecia, Belgio e Francia era già un'importante realtà.

In questi Stati da subito si tentò di dare un'interpretazione estensiva alla nozione di consumatore, comprendendo tra tale categoria, anche le formazioni sociali non profit, con o senza personalità giuridica, ed i professionisti che agiscono per fini extraprofessionali.

Ciò che ha da subito bloccato il legislatore italiano è la precisa configurazione del consumatore che fa il legislatore europeo nella direttiva 93/13.

Con essa, la nozione di consumatore viene esattamente ristretta e circoscritta alla persona fisica escludendo, pertanto qualunque forma di persona giuridica e, nel prosieguo si evince una preclusione ulteriore anche nei confronti del professionista escludendo altresì anche tutte le categorie di associazioni ovvero di piccoli imprenditori.

Nello specifico, affinché un soggetto possa essere classificato come consumatore, l'art. 3 cod.cons. Precisa che deve trattarsi di persona fisica, che agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

Ecco perché tutte le strade risultavano essere chiuse nel nostro Paese.

Da un lato c'è sempre stata la volontà di garantire tutela ad associazioni no profit e a piccoli imprenditori in quanto "soggetti" estremamente deboli.

Dall'altro i fautori della tesi negativa hanno da sempre manifestato il loro scetticismo in merito,

soprattutto per la specifica precisazione che il dettame dell'art. 3 cod. cons fa verso chi è, secondo la legge, consumatore.

Secondo quanto si evince dall'articolo in questione il consumatore ha due precise qualità, ovvero è persona fisica e non è un professionista.

Ecco pertanto i grossi limiti che non permettono, secondo tesi negazioniste, l'estensione interpretativa dell'art. 3 cod cons.

Il piccolo imprenditore ovvero l'associazione senza scopo di lucro non sono "persone fisica" ma hanno la qualifica della "persona giuridica", né si possono esimere dall'essere considerati soggetti non professionali.

Ma, i fautori della teoria positiva, al contrario, tentano di spiegare la loro apertura interpretativa non soltanto attraverso argomentazioni rivolte alla necessità di maggior tutela ma anche e soprattutto facendo un paragone con l'attuale giurisprudenza cassazionista che a compreso nella nozione di consumatore il "condominio".

I positivisti, pertanto, non si spiegano tutt'ora come mai il condominio possa essere considerato consumatore e il piccolo imprenditore o l'associazione no profit no.

I negazionisti commentano e tentano di spiegare che non si può fare un paragone con il condominio in quanto se il piccolo imprenditore e l'associazione no profit sono classificate come "persone giuridiche" per il condominio non è così.

I fautori della tesi positiva convengono contrariamente affermando che, con la nuova riforma del condominio e con l'onere per esso di avere una propria assicurazione, oggi possiamo attribuirgli piena personalità giuridica.

E' evidente allora che la questione è apertissima e che per il momento sembra non trovare alcuna soluzione se non vie e correnti di pensiero variegata.

FOCUS GIURISPRUDENZIALE:

1) Secondo la Corte di Cassazione visto e considerato che "*..il condominio è un ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti [...]. Ne consegue che, poiché i condomini vanno senz'altro considerati dei consumatori, essendo persone fisiche che agiscono,[...], per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, anche al contratto concluso dall'amministratore del condominio con il professionista, in presenza degli altri elementi previsti dalla legge si applicano gli artt. 1469 bis e ss. c.c.*" (attualmente il riferimento è il Codice del consumo) (così Cass. 24 luglio 2001 n. 10086).

Sulla stessa lunghezza d'onda si pone il Tribunale di Roma che, in un caso sottoposto alla sua attenzione, ha negato l'applicazione del d.lgs n. 231/02 (relativo al pagamento di spese e competenze nelle transazioni commerciali tra due o più professionisti) affermando che. "*.. il condominio non può essere considerato tale ma piuttosto alla stregua di un consumatore con i conseguenti riflessi sulla legge applicabile..*" (Trib. Roma 19 settembre 2011 n. 17887).

2) Ed ancora sul sito unionconsumatori dal settembre 2007 troviamo scritto : "*..Dopo l'emanazione del Codice del consumo (decreto legislativo n. 206/2005), non vi è più alcun dubbio che il condominio sia un consumatore. Lo ricorda l'ANACI, l'Associazione nazionale amministratori condominiali e immobiliari, secondo la quale molte ditte che stipulano contratti con le amministrazioni condominiali (manutenzione ascensore, pulizie, assicurazioni, eccetera) continuano a inserire clausole vessatorie. Eppure già prima vi erano state sentenze della magistratura che avevano definito il condominio come consumatore, in quanto si tratta di persone fisiche plurime che agiscono "per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale"* (Corte di Cassazione, sentenza n. 10086/2001). *L'amministratore condominiale che firma i contratti è soltanto un mandatario che rappresenta persone fisiche. Successivamente la Corte di Cassazione ha ribadito il*

principio affermando che i contratti non vincolano l'amministratore che li ha firmati, "ma i singoli condómini consumatori" come definiti dall'art. 3 del Codice del consumo, ovvero persone fisiche che agiscono per fini estranei all'attività imprenditoriale o professionale (ordinanza n. 452/2005). Da ciò discende che nei contratti tra un condominio e una ditta sono applicabili tutte le norme che tutelano il consumatore, come il foro competente, il recesso, le penali eccessive, la disdetta fortemente anticipata rispetto alla scadenza del contratto, la garanzia di due anni, la responsabilità per danno da prodotto difettoso, le varie clausole vessatorie, eccetera. Da parte loro, ai sensi degli articoli 139 e 140 del Codice del consumo, le associazioni dei consumatori possono agire in giudizio a tutela dei condómini consumatori per inibire atti e comportamenti lesivi nei loro confronti. ."

- 3) Con sentenza in data 10 marzo 2010, emessa ai sensi dell'art. 281 sexies cod. proc. civ., il Tribunale di Milano, in accoglimento dell'eccezione del convenuto, ha dichiarato la propria incompetenza per essere competente il Tribunale di Monza, rilevando che "*in base alla normativa a tutela del **consumatore** l'unico foro competente è quello in cui ha sede il **consumatore**" e che "non vi sono dubbi in merito al fatto che il **condominio** ed i singoli condómini rivestano la veste di consumatori";*

Queste sentenze sono l'esempio palese di come la dottrina prevalente sia ormai certa nel considerare il condominio un consumatore a tutti gli effetti perchè, pur sottoposto ad assicurazione obbligatoria, non è persona giuridica.

Sulla scia di questa estensione, l'unico ambito incerto rimane oggi quello relativo ai professionisti che hanno la soggettività giuridica. Secondo quanto appurato da parte della dottrina alcune attività, seppur professionali e aventi personalità giuridica, non sono forti e importanti come molte altre e pertanto avrebbero bisogno di quella sicurezza tipica della tutela consumistica, questo però è sconfessato da altra parte di cultori del diritto i quali precisano l'importanza e la necessità di attenersi rigorosamente a quanto stabilito nell'art. 3 cod. cons.

Insomma, siamo ormai in piena evoluzione giuridico-consumistica.

Lo dimostra il fatto che oggi il viaggiatore è consumatore, l'assicurato è consumatore, il privato che chiede un mutuo in banca è consumatore, il subfornitore è altresì consumatore.