

**UNIVERSITA' CATTOLICA DEL SACRO CUORE
- Milano -**

**FACOLTA' DI ECONOMIA
Dipartimento di Scienze dell'Economia e della Gestione aziendale**

**QUADERNI DEL
CORSO DI LAUREA IN ECONOMIA E GESTIONE AZIENDALE
GESTIONE DELLE IMPRESE DEL TERZIARIO E DEI SERVIZI COMMERCIALI**

***IL CODICE DEL CONSUMO:
RIFLESSIONI ED ESPERIENZE A DUE ANNI
DALL'ENTRATA IN VIGORE***

Giuseppe Giordano

n. 10 – settembre 2008



Scuola
Superiore
del Commercio
del Turismo
dei Servizi
e delle Professioni

Giuseppe Giordano

***IL CODICE DEL CONSUMO:
RIFLESSIONI ED ESPERIENZE A DUE ANNI
DALL'ENTRATA IN VIGORE***

Questo working paper sintetizza i contenuti dell'intervento di Giuseppe Giordano e di Mauro Paladini, al workshop dal titolo "Il Codice del consumo: riflessioni ed esperienze a due anni dall'entrata in vigore" che si è svolto il 4 aprile 2008 presso la Scuola Superiore del Commercio del Turismo dei Servizi e delle Professioni nell'ambito del Corso di laurea in "Economia e gestione aziendale – Gestione delle imprese del terziario e dei servizi commerciali", Facoltà di Economia, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano.

Giuseppe Giordano è docente a contratto di Diritto Commerciale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano Facoltà di Economia e di Scienze Linguistiche. Notaio in Milano si occupa prevalentemente di operazioni di Merger & Acquisition e di Project Finance.

Mauro Paladini è professore associato di Diritto privato presso la Scuola Superiore S. Anna di Pisa, docente di Diritto civile presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa e avvocato in Piacenza. È autore di saggi e contributi monografici in materia di Diritto della famiglia, dei contratti e della responsabilità civile.

I quaderni sono disponibili on-line all'indirizzo <http://www.unicatt.it/economia/> e all'indirizzo <http://www.scuolasuperiorect.it/>

Giuseppe Giordano

IL CODICE DEL CONSUMO: RIFLESSIONI ED ESPERIENZE A DUE ANNI DALL'ENTRATA IN VIGORE

SOMMARIO:

1. Cenni introduttivi. – 2. Il Disegno di Legge 1326 Senato della Repubblica Legislatura VIII. – 3. Il Codice del Consumo – 4. Considerazioni conclusive.

1. Cenni introduttivi

La complessa problematica della *consumer protection*¹, pur da tempo avvertita², ha trovato solo di recente, nell'ambito di un vivace dibattito dottrinario e a conclusione di un travagliato susseguirsi di disegni di legge e di iniziative legislative, compiuta sistemazione normativa con l'approvazione Codice del Consumo di cui al Decreto Legislativo 6 settembre 2005 n. 206³.

In realtà, già prima del richiamato intervento legislativo, la dottrina italiana, sensibile alla progressiva emersione del «contatto sociale» produttore-consumatore e altresì convinta dell'opportunità di rendere tale relazione giuridicamente rilevante indipendentemente dall'esistenza di un rapporto contrattuale tra gli stessi⁴, ha individuato soprattutto nella responsabilità diretta (contrattuale, precontrattuale, aquiliana) del produttore verso il consumatore il momento privilegiato per la tutela dei cc.dd. *interests of consumer*. Si è così, per es. sostenuto, con riguardo alla pubblicità commerciale, l'esistenza di trattative in senso proprio (con la connessa responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 cod.civ.*) tra autore del messaggio pubblicitario (*scilicet*: produttore) e

¹ Per i profili generali v. E.T. CARMAN, S.W. Echert, *The Consumer's World*, New York, Düsseldorf, London 1974, nonché le voci *Consumer Protection* in *The Encyclopedia americana*, International Edition, New York 1977, p. 682 ss. e *Consumerism* in *Encyclopedia Britannica* nonché G.ROUCHETTE, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in *Études offertes à René Rodière*, Paris 1981, p. 247 ss..

² Già negli anni '50 illustri Autori si occuparono, sotto il profilo segnatamente giuridico, dei problemi connessi al consumo: cfr. per tutti T. ASCARELLI, *Sul progetto di legge «antitrust»*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 1950, p.747ss. p. 749; Id., *Teoria della concorrenza e interesse consumatore*, in *Riv.trim.dir.proc. civ.* 1954, p. 955 s. e Id., *Saggi di diritto commerciale*, Milano 1955, p. 35 ss.

³ Il D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il giorno 8 ottobre 2005 nel Supplemento Ordinario n. 162/L alla Gazzetta Ufficiale 8 ottobre 2005 Serie Generale n. 235. Con l'approvazione della Finanziaria 2008 (L. 24 dicembre 2007, n. 244, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 300 del 28 dicembre 2007) la tutela degli interessi del consumatore si è arricchita della c.d. *class action* (art. 2 co. 445 L. 244/2007).

⁴ U.RUFFOLO, *Tutela del consumatore*, in *Dizionari del diritto privato* a cura di N. Irti, I, Milano 1970 p. 827 ss.; cfr. anche G.GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano 19678, pp. 3-8, Id., *La responsabilità del produttore di beni di consumo*, Milano 1970, pp. 52-53 e in nt. 112, G.ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna 1977, p. 11.

destinatario del messaggio stesso (*scilicet*: consumatore)⁵; la responsabilità (in vario modo svincolata dal requisito soggettivo della colpa e perciò) oggettiva del fabbricante per la circolazione di prodotti difettosi e/o dannosi⁶; in materia di contrattazione standardizzata, la configurabilità di un potere giudiziale di controllo/intervento sul contenuto contrattuale in termini di *adjustment* (secondo i parametri di buona fede, equità o utilità sociale) dell'assetto degli interessi pattiziamente raggiunto.

A tali tentativi ricostruttivi va certamente riconosciuto l'innegabile pregio di sottolineare l'esigenza di una tutela giuridica dell'affidamento del consumatore, affidamento di cui destinatario è, in un'economia di *mass production*, non già l'intermediario nella circolazione del prodotto (il distributore, il dettagliante, l'alienante in genere ecc.) ma immediatamente il produttore, ponendosi questi, con la propria presenza pubblicitaria e di mercato (si pensi al ruolo in questo senso svolto dai marchi)⁷, quale fattore determinante le scelte di consumo e quindi come controparte reale e sostanziale dell'utilizzatore finale.

Tuttavia, come ho avuto modo di illustrare in un articolo ormai risalente⁸ e al quale mi permetto di rinviare il lettore, la dottrina assai raramente si è occupata *ex professo* della nozione di consumatore ossia della (ri)qualificazione della fattispecie al fine della individuazione di una normativa speciale *ratione subiecti*; con la conseguenza che gli strumenti di tutela volta per volta individuati, in quanto attivabili *generiche* dal compratore *ex art* 1490 ss. Cod.civ., dal danneggiato *ex art*. 2043 ss. Cod.civ., dall'aderente *ex artt.* 1341-1342 Cod.civ. o dall'individuo in quanto titolare del diritto (costituzionalmente protetto) alla salute *ex art*. 32 Cost., finivano con il risolversi in una tutela (generica e indifferenziata) del soggetto, non in quanto consumatore, ma in quanto, a seconda dei casi, acquirente, danneggiato, contraente debole, ecc.⁹.

Donde il carattere spesso anfibologico della formula "tutela del consumatore" e il suo deludente porsi come mera *Schlagwort*.

2. Il Disegno di Legge 1326 Senato della Repubblica Legislatura VIII

⁵ Così G. GHIDINI, *La responsabilità* cit., p. 82 ss., seguito da A. Di AMATO, *Pubblicità commerciale e tutela degli interessi diffusi dei consumatori*, in *Giust. Civ.* 1979, IV, p. 208 ss..

⁶ Cfr. così, per es. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano 1974 *passim*; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano 1975, specie p. 391 ss..

⁷ Già da tempo si è autorevolmente osservato come la «*marque est l'èlément fondamental de la stratégie des firmes modernes. C'est autour de la marque que se bâtît la politique de l'entreprise; c'est sur la marque que se gagnent ou se perdent les batailles commerciales*» (GIRAUD, *L'importance économique de la marque*, Paris 1965, p. 119; V. MANGINI, *Il marchio fra concorrenza e monopolio*, in *Riv.dir.comm.* 1977, I, p. 227 ss. a p. 230). A tal riguardo la dottrina tedesca – G. SIEBEN – T. SCHILDBACH, *Das wirtschaftliche Bedeutung der Marke in einem freien europäischen Gemeinschaft*, München 1979, p. 267 ss. – ha distinto «*vier interdependenten Teilfunktionen der Marke*» e precisamente «*die Bezeichnung Funktion erlaubt Erfahrungen und Informationen aus der Werbung auf die mit der gekennzeichneten Produkte zu übertragen; die Qualitätssicherungsfunktion bewirkt, daß Erfahrungen und sonstige Informationen für alle mit der Marke versehenen Erzeugnisse gelten; durch die Werbefunktion werden neue, mit Marken gekennzeichnete Produkte den Verbrauchern nahegebracht sowie der Ruf bekannter Produkte gefestigt; die Verbreitungsfunktion endlich sorgt dafür, daß der Verbraucher seine Informationen über Produkte in die Kaufentscheidung einfließen lassen kann, weil die ihm bekannten Produkte an vielen verschiedenen Stellen angeboten, die Informationen also für die Wahl praktisch relevant werden*» op.cit. p. 275; i corsivi sono miei).

⁸ G. GIORDANO, *Prospettive in tema di tutela del Consumatore*, in *Vita Notarile* 1986, p. 76 ss..

⁹ Cfr. per es. V. FRANCESCHELLI, *Consumer protection, teoria dell'atto di consumo e il centenario del codice di commercio*, in *Giur.com.* 1982, I, pp. 773 ss. specie pp. 775-776, per il quale consumatore sarebbe «...chiunque si pone in un rapporto giuridico con l'impresa», donde la configurabilità del c.d. «atto di consumo», dell'atto cioè posto in essere dal consumatore in un suo rapporto giuridico con l'impresa». La tesi lascia fortemente perplessi. A parte ogni rilievo circa l'opportunità di reintrodurre nel vigente ordinamento – sia pur sotto mutate sembianze – un sistema oggettivo di applicazione della norma (quale appunto quello cui si informava l'abrogato codice di commercio 1882: v. per tutti T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*³, Milano 1962, p. 46 s, che esattamente distingue tale sistema dalla «disciplina soggettiva speciale» [p. 125]), resta il fatto che dalla proposta nozione discenderebbe l'incongruenza della qualificazione come consumatore di qualsiasi controparte dell'impresa, ancorché essa stessa imprenditore.

Anche l'art. 2 del Disegno di Legge n. 1326 – presentato al Senato della Repubblica Legislatura VIII il 25 febbraio 1981¹⁰, che pur per la prima volta tentava una ricostruzione generale della fattispecie, finiva per affermare che «il termine consumatore è comprensivo di quello di utente e designa il cittadino nella sua condizione di destinatario di messaggi pubblicitari, attività promozionali, o di offerte contrattuali, ovvero di parte dei contratti aventi per oggetto l'acquisto di diritti, reali o personali, di disposizione o di godimento, su beni o servizi, ovvero di reclamante, giudizialmente o stragiudizialmente, in relazione alla lesione di diritti o interessi legittimi, propri o altrui, occasionata dall'utenza di, o dal contatto con, beni o servizi...».

A prescindere dall' approccio più esemplificativo-enumerativo che definitorio, non ci si può comunque esimere dal segnalare lo scarso rigore sistematico della formulazione: basti notare, per esempio, come nella citata disposizione consumatore è la «parte di contratti aventi per oggetto l'acquisto» indipendentemente dalla destinazione di questo all'utilizzazione finale; laddove, secondo concetto, non ogni acquisto è di per sé sufficiente alla configurazione del contraente quale consumatore in senso proprio, essendo altresì necessaria la destinazione (dell'acquisto stesso) al consumo¹¹; è, infatti, proprio questo ultimo requisito (della destinazione al consumo) il *discrimen* che opportunamente consentirà di differenziare, nei rispettivi *genera* (di compratore, di mutuatario, ecc.) le *species* di acquirente-consumatore, di mutuatario consumatore, ecc..

Peraltro, pur nella segnalata assenza di una definizione di consumatore (esauendosi, come detto, il cit. art. 2 in un mero elenco di casi), l'art. 19 del Disegno di Legge cit. poneva, con un risultato invero di assai scarsa efficienza, la disomogeneità qualitativa delle parti contraenti come nucleo essenziale *ratione subiecti* della *Tatbestand* consumeristica, disponendo che i «contratti, anche non unilateralmente predisposti, ... intercorrenti fra una o più imprese da una parte ed uno o più consumatori dall'altra, non possono contenere clausole che stabiliscano, a favore dell'impresa, la facoltà di recedere dal contratto senza giustificato motivo, o di modificare unilateralmente l'oggetto della prestazione, o che escludano la garanzia per vizi o mancanza di qualità, o che esonerino l'impresa da responsabilità per colpa o dolo suoi e dei suoi dipendenti in caso di ritardo o inadempimento definitivo della prestazione contrattualmente dovuta».

3 Il codice del Consumo

Non miglior esito sembra aver sortito il Codice del Consumo approvato con il ricordato Decreto Legislativo 6 settembre 2005 n. 206 dove, pur non mancando apprezzabili sforzi ricostruttivi, non può non lamentarsi la mancanza di un coerente impianto sistematico.

Mi limiterò qui, nelle poche righe che seguono, ad evidenziare alcune aporie in cui l'interprete è destinato ad imbattersi, sin da subito, nell'individuazione della fattispecie normativa e quindi dei cc.dd. *interests of consumer*.

Innanzitutto la solenne enunciazione dei diritti fondamentali dei consumatori di cui all'art. 2 comma 2 del Codice: il diritto “alla tutela della salute”, il diritto “alla sicurezza e alla qualità dei prodotti”, il diritto “alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali” e ancora il diritto “all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza”. Disposizione che da subito si appalesa come priva di un reale contenuto precettivo, esauendosi nella riaffermazione, peraltro con norma di rango inferiore, di diritti già formulati nella Carta Costituzionale (diritto alla salute: art. 32; ecc.) e già tutti indubitabilmente spettanti ad ogni cittadino in quanto tale, indipendentemente, dalla posizione di imprenditore o di consumatore assunta nella circolazione di prodotti o di servizi.

¹⁰ Il testo integrale del Disegno di Legge 1326 può leggersi in allegato a G.GIORDANO, *Prospettive* cit..

¹¹ Consumo è, secondo concetto, distruzione di beni o fruizione di servizi per la soddisfazione di bisogni privati, e va pertanto distinto dall'utilizzazione (di beni e/o servizi) al fine della produzione (*lato sensu*: comprensiva anche dello smercio di prodotti acquistati da altri, ecc.); cfr. così W.J. Bilkey, *Consumption*, in *The Encyclopedia Americana* cit., p. 685, il quale, appunto, discorre di «end utilization, or final use of goods and services».

Alla segnalata genericità degli *interests of consumer* corrisponde la genericità della nozione di consumatore formulata dal Codice; tanto che i commentatori più recenti non hanno mancato di segnalare come il Codice contenga, in realtà, non una nozione univoca di consumatore ma differenti e molteplici definizioni assunte, volta per volta, nei diversi 'luoghi normativi', come presupposto di applicazione delle rispettive discipline speciali.¹²

Illuminante, per tale aspetto, il confronto tra gli artt. 3 co. 1 lett. a) e l'art. 18 co. 2 Codice: nella prima disposizione, collocata nel Titolo I, rubricato "Disposizioni generali e Finalità", "consumatore", è «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta»; nella seconda, posta in apertura del Titolo III dedicato alla "Pubblicità e altre comunicazioni commerciali", consumatore è, invece, ai limitati fini del predetto Titolo III, «anche la persona fisica o giuridica cui sono dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze.».

Non sfuggirà che, nell'ultima delle richiamate disposizioni (art. 18 co. 2), non soltanto la posizione soggettiva di consumatore, circoscritta sul piano generale alle sole persone fisiche (art. 3 co. 1 cit.), è estesa alle persone giuridiche, ma addirittura che, nella richiamata norma, è espunto qualsiasi riferimento al consumo, con l'inevitabile corollario che la disciplina in materia di comunicazione commerciale risulta in fatto fruibile da chiunque, persona fisica o giuridica, utilizzatore finale o imprenditore che sia.

Una terza nozione di consumatore si rinviene nell'art. 5 co. 1 del Codice, in apertura del Titolo II dedicato all' Informazione dei consumatori, dove consumatore o utente è «la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali». Anche qui, come già per l'art. 18, la fattispecie è riqualficata ai soli fini dell'applicabilità della disciplina contenuta nel Titolo in cui è collocata ed anche qui, come già nell'art. 18 cit., risulta irrilevante la natura imprenditoriale del soggetto.

Le segnalate oscillazioni semasiologiche del sintagma "consumatore" non possono non lasciare assai perplessi sia sul piano ermeneutico e sistematico sia sul piano più generale di politica del diritto.

Preliminarmente, non sembra convincente la scelta di circoscrivere la nozione generale di consumatore alle sole persone fisiche (art. 3 cit.): vero è che la soluzione adottata dal nostro legislatore recepisce indicazioni provenienti dalle fonti comunitarie¹³, ma del pari non può non risultare apodittica la tesi, ad essa sottostante, autorevolmente ripresa in dottrina¹⁴, secondo cui gli enti, avendo l'obbligo giuridico di agire nei limiti dell'atto costitutivo e dello scopo sociale, si muovono sempre in un ambito *lato sensu* professionale, con la conseguenza che per essi sarebbe, dunque, inconcepibile un'attività non professionale. Non è certo questa la sede più opportuna per approfondire il concetto di oggetto o scopo sociale in termini di capacità giuridica dell'ente ovvero per esplorare la funzionalità dello stesso in relazione alle cc.dd. regole di imputazione dell'azione; tuttavia non sfuggirà come incompatibile con il consumo sia non già l'atto (qualificabile, in quanto coerente con lo scopo e quindi imputabile all'Ente, come) sociale, ma l'atto sociale se ed in quanto estrinsecazione, modalità di attuazione dell'impresa o di una sua fase. Così, per esempio, l'acquisto

¹² Va segnalato che tale pluralità di nozioni di consumatore è condivisa dal Consiglio di Stato (causa 11602/2004) in quanto ritenuta più efficiente al fine delle applicazioni delle diverse discipline contenute nel Codice di consumo.

¹³ Corte Giustizia Comunità Europea 22 novembre 2001 nelle cause riunite C-541/99, C-542/99. Ove si statuisce che «The term consumer, as defined in Article 2(b) of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, must be interpreted as referring solely to natural persons.».

¹⁴ ALPA - CHINÈ, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, XV, App., Torino 1997, p.548, secondo cui gli enti, avendo l'obbligo giuridico di agire nei limiti dell'atto costitutivo e dello scopo sociale, si muovono sempre in un ambito *lato sensu* professionale, essendo dunque per essi inconcepibile un'attività non professionale., seguiti da FICI, "Consumatore", "professionista" e criteri di vessatorietà nei contratti del consumatore, in *Corr. giur.*, 2002, p.1629, nota 25, dove si insiste sull'agire necessariamente professionale degli enti e non già sull'impossibilità di concepire il perseguimento da parte di questi ultimi di uno scopo non professionale.

da parte di un'associazione velica di dotazioni di sicurezza sarà atto di consumo se le dotazioni sono destinate alle imbarcazioni sociali a disposizioni degli associati per i vari eventi sportivi; sarà atto di impresa se quelle dotazioni, nell'ambito di un'attività propriamente commerciale, sono destinate alla rivendita ai soci, sia pur a prezzo agevolato.

Si aggiunga, che la non sempre facile distinzione tra «informazioni commerciali» e «comunicazioni commerciali» rende, inoltre, assai complesso e delicato il coordinamento delle discipline di cui ai cit. artt. 5ss e 18 ss., anche in considerazione della già segnalata diversità della fattispecie soggettiva.

E altri spunti di riflessione pongono, ancora, i commi 3 e 4 dell'art. 33 del Codice del Consumo in materia di contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato: il Codice del consumo (art. 33 co. 3 e 4) dispone a) che il professionista (per esempio la banca) possa, ove ricorra un giustificato motivo, recedere dal contratto o modificarne le condizioni b) che la parte finanziata abbia diritto di recesso. Il testo novellato dell'art. 118 T.U.B.¹⁵ dispone, invece, in modo assai più rigoroso, che lo *jus variandi* possa essere esercitato solo se ed in quanto espressamente previsto da una clausola contrattuale specificatamente approvata ai sensi dell'art. 1341 co. 2 Cod.civ., con la conseguente esclusione dell'operatività automatica, di cui all'art. 33 cit., a seguito dell'insorgere di un (non sempre pacificamente accertabile) “giustificato motivo”¹⁶.

La descritta esosmosi di alcuni rimedi posti in materia di contratti aventi ad oggetto prestazione di servizi finanziari (per es. la facoltà di recesso) dalla disciplina propriamente consumeristica (art. 33 co. 3 e 4) a quella generale in materia bancaria (applicabile a qualunque finanziato, consumatore o imprenditore che sia: art. 118 testo novellato), e, ancora, la già segnalata estensione soggettiva del sistema delle tutele in materia di comunicazione commerciale, rendono ragionevole il dubbio, avanzato dalla dottrina più attenta, se in prospettiva di politica del diritto abbia ancora senso parlare di una disciplina (speciale) del consumo o se, piuttosto, ci si muova nella direzione di una “consumerizzazione” del diritto dei contratti e, in generale, del diritto civile, al fine di un rafforzamento della tutela del contraente debole in termini di correzione di eventuali asimmetrie informative e di *reductio ad equitatem* delle clausole contrattuali non riconducibili ad una effettiva e paritetica trattativa delle parti.

4. Considerazioni conclusive

Tuttavia, pur nelle numerose aporie e incongruenze che, in rapidissima sintesi, in parte si sono su richiamate, la *Verbraucherschutz* posta dal Codice del Consumo pone, in diversi luoghi normativi, rimedi e tutele di diritto speciale, fruibili, cioè, esclusivamente dal consumatore, inteso come soggetto (potenziale e/o attuale) utilizzatore finale di beni e/o servizi e, in quanto tale, titolare di interessi –assunti dall'ordinamento come giuridicamente rilevanti – i quali presentano la comune caratteristica di inerire, sia pure con diversa intensità, al consumo. Da tale definizione discendono diversi ordini di conseguenze:

- a) il consumatore potrà essere parte di un contratto (e del relativo rapporto giuridico: ad es. mutuario-consumatore), o non essere contraente ma soggetto di un rapporto giuridico avente altra fonte (ad es. il danneggiato-consumatore ex art. 2043 Cod.civ.) o ancora né l'uno né l'altro (come avviene nell'ipotesi della pubblicità commerciale), ponendosi semplicemente come destinatario di comunicazioni commerciali in quanto potenziale utilizzatore finale;
- b) gli interessi possono assurgere a diritti soggettivi (assoluti o relativi), o consistere in interessi legittimi, o semplicemente, sussistere allo stato diffuso o, ancora, benché riconosciuti come giuridicamente rilevanti essere soltanto mediamente tutelabili (interessi protetti in via programmatica) oppure, infine, trovandosi in stato di pendenza essere attivabili ex art. 234 (già art. 177) Trattato UE.

¹⁵ L'art. 118 è stato modificato dal D.L. 4 luglio 2006 n. 233 conv. Con modif. in L. 4 agosto 2006 n. 248.

¹⁶ Sul punto G.SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della L. n. 248 del 2006*, in *Banca Borsa tit.cred.* 2007, I, p. 249 ss. pp. 253 ss..

- c) il collegamento dell'interesse al consumo può essere di varia intensità: si consideri, per es., la diversa pertinenza al consumo dell'interesse al corretto messaggio pubblicitario rispetto a quello alla sicurezza del prodotto, o ancora dell'interesse dell'acquirente di beni destinati al consumo proprio rispetto all'interesse dell'acquirente di prodotti destinati al consumo di propri familiari, collaboratori o dipendenti (domestici, collaboratori familiari, impiegati, ecc.).

Nella vasta tipologia delle qualificazioni soggettive, quella di consumatore si differenzia, pertanto, *ratione obiecti*, con riferimento alla natura degli interessi (i quali rivelano, come detto, il comune elemento connotativo dell'inerenza al consumo) e, *ratione subiecti*, con riferimento alla qualità potenziale o attuale di utilizzatore finale del soggetto, il quale, dunque, sarà giuridicamente qualificabile come consumatore in virtù della sua attitudine e potenzialità a consumare ovvero dell'attualità del suo consumo, quindi prima e indipendentemente dall'acquisto.¹⁷

¹⁷ G.GIORDANO, *Prospettive in tema di tutela del consumatore* cit., 85 ss.; seguito da G.ALPA, *Consumatore*, in *Contratto e impresa* 1987, p. 313 ss. a p. 315 e 320.

Mauro Paladini

I CONTRATTI DEL CONSUMO

SOMMARIO:

1. Il problema del rapporto sistematico tra il Codice del Consumo e il Codice Civile. – 2. Elementi essenziali del contratto del consumo e nullità di protezione. – 3. Il recesso penitenziale. – 4. Esistono “tipi” contrattuali nel Codice del Consumo? – 5. L’articolata disciplina della vendita di beni mobili di consumo. – 6. Principi generali e disciplina del consumo nella materia dei rimedi per l’inadempimento.

1. Il non facile tentativo di ricostruzione di una disciplina organica dei cc.dd. contratti di consumo non può prescindere dall’esatta valutazione della natura e della funzione del Codice del Consumo, che può ragionevolmente ritenersi una delle più significative novità del panorama normativo degli ultimi anni.

Già ad un immediato approccio con le disposizioni generali che introducono alla disciplina, si coglie che il Codice del Consumo *non* è un codice dei contratti del consumo. Come si legge nell’art. 1 del D.Lvo 6 settembre 2005 n. 206, l’obiettivo del Legislatore è consistito nell’armonizzare e riordinare le normative concernenti i processi di acquisto e consumo *al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti*.

In effetti, l’intento di inquadrare le varie normative, che soprattutto nel corso degli anni ’90 si erano succedute, ha condotto all’abrogazione di quindici leggi e ulteriori specifici articoli, con un risultato che si lascia apprezzare sul piano dell’accorpamento sistematico della disciplina. Restano, tuttavia – considerati, peraltro, i precisi limiti della delega legislativa in base alla quale ha operato la Commissione Governativa – talune disarmonie sistematiche, che riguardano proprio il profilo concernente i contratti e il rapporto tra la loro disciplina e gli altri settori dell’ordinamento.

Nell’ambito del Codice del Consumo la parte riguardante i contratti non è né l’unica né la principale, posto che, dopo le disposizioni generali, il legislatore ha dedicato un’ampia parte seconda all’*educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità*: parte ulteriormente ampliata dall’intervento correttivo del D. L.vo 2 agosto 2007 n. 146, che ha attuato l’art. 14 della Direttiva 2005/29/CE in tema di pubblicità ingannevole. La disciplina contrattuale si incontra nella parte III, il cui titolo presenta un contenuto più ampio – «rapporto di consumo» – e nella parte IV, intitolata, a sua volta alla «sicurezza e qualità» dei prodotti.

Il compito dell’interprete si presenta, pertanto, particolarmente delicato, allorché si tratti di stabilire, in primo luogo, se sussista una disciplina generale del contratto del consumatore e, in secondo luogo, se sussistano specifici “tipi contrattuali” costituenti *species* di tale categoria.

Per comprendere la scelta di un diritto *speciale* del consumo è stata richiamata la tradizionale distinzione tra codice civile e codice del commercio, propria di numerosi ordinamenti e conosciuta anche dal diritto italiano prima del Codice del 1942. Il raccordo sistematico tra le discipline è operato, in tal caso, attraverso norme di richiamo, che attribuiscono valenza suppletiva alle norme del codice civile. Il Codice di Commercio del 1882

presentava un significativo livello di astrazione di regole, al punto che molte delle sue previsioni sono state trasfuse nella parte generale del contratto nel Codice vigente¹⁸.

Sul piano letterale, il Codice del Consumo del 2005 contiene, all'art. 38, una norma di richiamo alla disciplina del codice civile, alla quale si aggiunge, in materia di vendita di beni mobili di consumo, l'art. 135, comma 2, secondo cui «*per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita*». A fronte di un dato lessicale che, tuttavia, parrebbe alludere ad una mera relazione “norme generali-disciplina del tipo-disciplina del sottotipo”, parte della dottrina¹⁹ predilige un'interpretazione in termini di reciproca osmosi e integrazione tra norme sul consumo e norme generali del contratto, nel senso che talune delle norme del Codice del Consumo si rivelano idonee ad esprimere tendenze generali in grado di tradursi in indirizzi interpretativi e applicativi anche in settori diversi della contrattualistica.

2. Per quel che concerne gli elementi essenziali del contratto – escluso che si possa configurare una causa di «consumo» in relazione ai contratti stipulati tra professionista e consumatore – il Codice del 2005 non introduce norme in deroga al procedimento ordinario di formazione del consenso negoziale. La disciplina dei «contratti conclusi fuori dei locali commerciali» e i «contratti a distanza» – contenuta nel capo I del tit. III, intitolato a *Particolari modalità di conclusione del contratto* – contiene disposizioni che, da un lato, attengono al *contenuto* del contratto e, dall'altro, impongono oneri di forma finalizzati a garantire l'effettività della conoscenza delle clausole contrattuali da parte del consumatore.

Rilevante sul piano sistematico la disciplina dell'art. 36 che, dissolvendo le ambiguità del precedente art. 1469 *quinquies*, qualifica espressamente come «nullità di protezione» la vessatorietà delle clausole ai sensi degli artt. 33 e 34. L'uniformità delle precedenti diversificate discipline è realizzata dal legislatore con la previsione secondo cui «*la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore*» e «*può essere rilevata d'ufficio dal giudice*». La nullità è definitivamente consacrata come rimedio funzionale a interessi sia privati sia sociali, con il superamento della tradizionale distinzione (contenuta nel codice civile) tra nullità e annullabilità, che aveva retto il sistema delle invalidità contrattuali fino alla progressiva influenza del diritto comunitario.

In quanto norma speciale, l'art. 36 consente ora di qualificare alla stessa stregua, attraverso l'applicazione analogica, altre ipotesi di invalidità, ponendosi come un *tertium genus* di vizio genetico, la cui disciplina complessiva attinge sia a caratteristiche tradizionali della nullità codicistica (l'imprescrittibilità dell'azione e dell'eccezione, l'insanabilità), sia ad alcuni aspetti propri dell'annullabilità (la legittimazione in capo al solo consumatore).

E' stato oggetto di critiche la commistione tra legittimazione del solo consumatore e rilevabilità officiosa della nullità: la finalità “protettiva” della sanzione di nullità consente di superare l'apparente contraddittorietà della figura, giustificando l'intervento del giudice laddove i fatti costitutivi della nullità della clausola siano stati dedotti in giudizio e sia mancata non tanto la *volontà* di far valere il vizio, quanto l'abilità tecnica nella tempestività e nella ritualità del rilievo della parte.

Resta irrisolto, allo stato, il problema della compatibilità della nullità protettiva con l'orientamento giurisprudenziale²⁰ che, nell'ambito dell'interpretazione dell'art. 1421 c.c., limita la rilevabilità *ex officio* della nullità ai soli giudizi in cui sia stata proposta domanda di

¹⁸ Si pensi, ad esempio, all'art. 36, la cui disciplina è stata quasi integralmente recepita nell'art. 1326 c.c.

¹⁹ Vettori, *Codice del Consumo – Commentario*, (a cura di G. Vettori), sub art. 1, p. 13 ss., secondo cui «l'art. 38 ...non instaura un rapporto tra regola ed eccezione fra codice civile e Codice di consumo, ma un rapporto di specialità che prevede nella disciplina di settore principi e regole che non possono non assumere un valore più ampio attraverso l'analogia *legis* ed *iuris* esclusa dall'art. 14 per le leggi eccezionali e non per le leggi speciali».

²⁰ Si tratta dell'orientamento prevalente nella giurisprudenza della Suprema Corte, confermato recentemente da Cass. 6 ottobre 2006 n. 21632.

adempimento del contratto, con esclusione di quelli nei quali, invece, il rapporto contrattuale sia stato impugnato per un vizio diverso (risoluzione, rescissione, ecc.). La funzione protettiva della nullità parrebbe implicare, invero, l'interpretazione estensiva²¹ che ammette il rilievo di nullità anche nei giudizi introdotti per una diversa impugnazione del contratto.

Sul piano dei rapporti tra Codice Civile e Codice del Consumo, la figura della nullità di protezione necessita di essere confrontata con l'inefficacia della clausole vessatorie già contenute negli artt. 1341-1342. Com'è noto, in sede applicazione di tali previsioni codicistiche, si è ritenuto in giurisprudenza che l'inefficacia conseguente alla mancata specifica approvazione delle clausole dovesse essere intesa come *nullità*²², rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento²³ ed eccezionale da chiunque vi abbia interesse e, pertanto, anche dalla stessa parte predisponente²⁴. Orbene, l'introduzione nell'ordinamento della "categoria" della nullità speciale consente ora di dubitare della plausibilità di tale conclusione, che distorce la funzione protettiva

3. Altro rilevante istituto, che il Codice del Consumo parrebbe aver voluto disciplinare in chiave generale, mediante una disciplina suscettibile di essere estesa a "categoria generale" del diritto contrattuale è quello del recesso penitenziale.

Prima della legislazione di derivazione comunitaria, lo *ius poenitendi* poteva essere attribuito a un contratto soltanto mediante una specifica previsione contrattuale, ai sensi dell'art. 1373 c.c.. Per il resto, il recesso "penitenziale" costituiva un istituto *eccezionale*, riconosciuto da rare disposizioni normative²⁵, fondate su una specifica *ratio* connessa alla peculiarità del rapporto contrattuale.

Il Legislatore del 2005 ha riordinato le numerose norme attributive del recesso legale penitenziale, ma si è limitato però a fare riferimento, in via generale, ai soli contratti conclusi fuori dei locali commerciali e ai contratti a distanza. Ciò ha comportato, ad esempio, l'introduzione di norme specifiche nell'ambito di singole figure contrattuali, come ad esempio nell'ambito dei contratti di multiproprietà. L'opportunità, in questi casi, di riconoscere al consumatore una facoltà di recesso anche nei casi di contratti stipulati "in presenza" non è tale da giustificare clamorosi difetti di coordinamento nelle rispettive discipline, tanto grossolani quanto incomprensibili (si pensi, ad esempio, alla mancata inclusione – nell'art. 73 – della posta elettronica come forma idonea all'esercizio del recesso²⁶)

Il diritto di recesso previsto in materia di vendita di pacchetti turistici non è riconducibile, invece, alla figura del recesso penitenziale, perché connesso a modifiche del contenuto del contratto (artt. 90-91). Si tratta, pertanto, di un recesso con funzione impugnatoria.

Neppure il recesso è previsto in materia di vendita di beni di consumo, perché evidentemente il diverso rilievo economico dei beni oggetto del contratto – rispetto, ad esempio, ai diritti di godimento di beni immobili – ha indotto il legislatore a non riconoscere una facoltà legale generale di "ripensamento".

Resta fermo, tuttavia, che, nel caso in cui i contratti di vendita di pacchetti turistici o di beni di consumo siano concretamente conclusi nella forma a distanza o fuori dei locali commerciali tornano ad essere applicabili le norme degli artt. 64-67.

²¹ Cass. 22 marzo 2005 n. 6170.

²² Nullità ritenuta in giurisprudenza *necessariamente* parziale (App. Milano 31 dicembre 1999, *Giur mil* 2000, 222; Trib. Roma 8 marzo 2001, *BBTC* 2002, II, 193), così come espressamente sancito, ora, nel Codice di Consumo, dall'art. 36, comma 1, Cod. Cons.

²³ Cass., sez. II, 18 gennaio 2002 n. 547

²⁴ Cass, sez. II, 15 febbraio 1995 n. 1606; Cass., sez. II, 22 maggio 1986 n. 3407

²⁵ Si pensi, ad esempio, agli artt. 1671, 2227, 2237 c.c.

²⁶ Prevista, invece, dall'art. 64, comma 2.

4. Posto, dunque, che la disciplina *generale* dei contratti del consumo si limita a una regolamentazione di categorie di contratti presi in considerazione in ragione delle modalità di conclusione, si tratta di stabilire se il Codice del Consumo contenga la disciplina di specifici *tipi* contrattuali, suscettibili di essere considerati “singoli contratti” alla stessa stregua per cui i contratti disciplinati al titolo III del Libro IV del Codice Civile contengono una normativa *speciale* rispetto alle norme sul contratto in generale.

L'intitolazione del Tit. IV fa riferimento a *Disposizioni relative a singoli contratti* e contiene il Capo I concernente i *contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili* (c.d. multiproprietà) e il Capo II genericamente intitolare ai *Servizi turistici*.

Senonché, in entrambi i casi la qualificazione alla stregua di contratti *tipici* fa sorgere più di una perplessità. Con riguardo alla “multiproprietà”, anzitutto, la definizione del contratto, contenuta all'art. 69 lett. *a* si riferisce a «uno o più contratti della durata di almeno tre anni con i quali, verso pagamento di un prezzo globale, si costituisce, si trasferisce, direttamente o indirettamente, un diritto reale ovvero un altro diritto avente ad oggetto il godimento di uno o più beni immobili, per un periodo determinato o determinabile dell'anno non inferiore a una settimana». Orbene, non pare potersi ammettere che lo stesso singolo contratto possa far sorgere alternativamente un diritto reale o un diritto personale di godimento. La disciplina, inoltre, non contiene l'analisi delle facoltà e degli obblighi delle rispettive parti, ma norme prevalentemente rivolte a definire obblighi informativi relativamente a specifici contenuti dell'accordo. Pare potersi ripetere, in sostanza, quanto la giurisprudenza da tempo continua ad affermare con riferimento al contratto di *factoring* che, pur oggetto di una regolamentazione legislativa nel 1991, rimane un contratto atipico, caratterizzato soltanto da alcuni elementi costanti definiti dalla legge²⁷.

Anche per quel che concerne la vendita di “pacchetti turistici” – ferma la scontata improprietà della qualificazione come «vendita» di contratti aventi ad oggetto servizi – la stessa disciplina del Codice del Consumo (in particolare, la definizione di «pacchetto turistico» dell'art. 84) favorisce l'idea che il legislatore abbia inteso riferirsi a una pluralità di contratti collegati, ciascuno dei quali resta soggetto alla propria disciplina, unificati soltanto funzionalmente in considerazione della qualità di consumatore del fruitore dei servizi.

5. L'unica disciplina munita di un più ampio respiro sia sistematico sia contenutistico è quella della vendita dei beni mobili di consumo, che – introdotta originariamente nel Codice Civile come sottotipo della vendita di beni mobili (art. 1519 *bis* ss.) – si trova ora parimenti accorpata nel Codice del Consumo.

Gli artt. 128-135 del Codice del Consumo riproducono le norme in precedenza inserite nel Codice Civile, con l'unica eccezione dell'art. 135, comma 2, che sancisce che «*per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita*». Si pone, quindi il problema di ricostruzione il rapporto sistematico esistente tra le disposizione del Codice Civile in materia di contratto in generale (artt. 1321-1469 c.c.), le norme sul contratto di compravendita (artt. 1470- 1509 c.c.), le norme sui contratti del consumatore e, infine, quelle sul contratto di compravendita di beni mobili di consumo.

Oltre all'art. 135, comma 2, occorre considerare che il medesimo art. 135 comma 1, stabilisce che *le disposizioni del capo sulla vendita di beni di consumo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico*. A sua volta, il nuovo art 1469 *bis* stabilisce che *le disposizioni sul contratto in generale (tit II*

²⁷ Cass. 24 giugno 2003 n. 10004; Cass., 2 febbraio 2001 n. 1510

del libro IV cc.) si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore.

Riassuntivamente:

- le norme sul rapporto di consumo si applicano *automaticamente e direttamente*;
- le norme sulla compravendita si applicano in via suppletiva rispetto alle disposizioni degli artt. 128-134;
- le norme sul contratto in generale si applicano in via suppletiva, solo in mancanza di disposizioni più favorevoli;

In sede di interpretazione del coordinamento di tali disposizioni, si contrappongono in dottrina due fondamentali impostazioni.

Secondo una prima tesi²⁸, la vendita di beni mobili di consumo deve ritenersi un *sotto-tipo* di vendita di beni mobili, che a sua volta è un sotto-tipo di vendita. Secondo questa interpretazione, alla vendita di beni mobili di consumo la disciplina della vendita di beni mobili e quella della vendita in generale si applicano in via *residuale*, nella misura in cui la disciplina del Codice di Consumo non regoli in modo diverso ed esauriente un determinato aspetto.

E' diffusa, tuttavia, un'altra interpretazione, secondo cui la vendita di beni mobili costituisce una disciplina *trans-tipica*, nel senso che conterrebbe un gruppo di regole applicabile in ogni caso in cui il consumatore "ottenga" un bene attraverso un contratto. Questa interpretazione trova un preciso riscontro nell'art. 128, comma 1, secondo cui *ai contratti di vendita sono equiparati i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre*. L'art. 128, comma 2, sarebbe la dimostrazione dell'impossibilità di ricondurre la vendita di beni mobili di consumo a "sotto-tipo" della vendita: quella degli artt. 128-135 conterrebbe una disciplina *trasversale* che si sovrapporrebbe a quella di una pluralità di tipi contrattuali, addirittura indeterminata. Secondo questa lettura *trans-tipica*, al consumatore sarebbe attribuita la possibilità della scelta della disciplina normativa a cui fare riferimento, nel senso che la disciplina generale sulla compravendita non sarebbe applicabile in via meramente suppletiva, bensì alternativa, posto che le norme sulla vendita di beni di consumo rappresenterebbero una disciplina ulteriore, applicabile *in aggiunta*, per finalità di protezione del consumatore, rispetto alla parte generale dei singoli contratti del cod civ e alle norme del contratto in generale.

Per comprendere se e in quale misura una simile prospettiva possa essere accolta, occorre muovere, in particolare, dal profilo dei rimedi apprestati dall'ordinamento nelle ipotesi di vizio o difformità del bene mobile di consumo.

La dottrina si è espressa, anzitutto, per la piena applicabilità delle norme sulla vendita previste agli artt. 1470-1489, ad eccezione dell'art. 1477 comma 1. L'art. 129 C Cons prevede, infatti, che *il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto e ciò è certamente incompatibile con l'obbligo di consegnare la cosa nello stato in cui si trovava al momento della vendita* (art. 1477).

Poiché l'obbligazione del venditore è quella di consegnare un bene «conforme» al contratto, l'art. 130 stabilisce che *il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene*, e deve ritenersi che ciò comporti la responsabilità anche per i difetti dovuti a caso fortuito.

La differenza concerne, pertanto, i vizi *sopravvenuti* alla conclusione del contratto:

- nella vendita in generale, per questi vizi sopravvenuti il compratore non ha tutela, perché l'obbligo del venditore è quello di *consegnare la cosa nello stato in cui si trovava al momento della vendita* e la mancanza dei vizi di cui all'art. 1490 fa riferimento al *momento della vendita*;

²⁸ De Nova,

- nella vendita di beni di consumo, invece, i vizi sopravvenuti gravano sul venditore, perché la verifica della mancanza di vizi non si compie con riguardo al momento della vendita, bensì al momento *della consegna*.

E' comunque applicabile ai beni di consumo l'obbligo di custodia dell'art. 1177, perché se un difetto sopravvenuto dipende da negligente custodia non soltanto si applicano i rimedi dell'art. 130, ma il venditore sarà tenuto anche al risarcimento del danno.

Sul punto, quindi, la dimensione c.d. *trans-tipica* della disciplina in materia di consumo non si lascia particolarmente apprezzare per riflessi applicativi di una certa rilevanza.

Ma è soprattutto il profilo del «difetto di conformità» – oggetto, invece, di una regolamentazione analitica da parte del legislatore dapprima comunitario e, quindi, nazionale – a svelare le diverse conseguenze delle ricostruzioni che si sono in precedenza accennate.

Come è noto, manca una specifica definizione del ***difetto di conformità***, avendo il legislatore preferito sancire una *presunzione di conformità* nei seguenti casi:

a) quando i beni sono idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo;

Si tratta di un'ipotesi sostanzialmente riconducibile alla nozione di «vizio» già contenuta nell'art. 1490 c.c.; manca, però, ogni riferimento alla mera incidenza sul valore della cosa e questo mancato richiamo si giustifica considerato che il bene *di consumo* è destinato, di regola, all'uso diretto, per il quale rileva la sua funzionalità; è estranea, invece, la rilevanza della facoltà di godimento, per la quale soltanto assume significato il «valore» della cosa.

Ebbene, l'art. 135, comma 2, consentirebbe di fare riferimento alle norme sulla compravendita in generale nella parte in cui si riferisce al vizio che comporta una diminuzione apprezzabile di valore, come presupposto per l'alternativa tra azione di risoluzione e azione di riduzione del prezzo, con la regola dell'art. 1495 c.c.

b) quando sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato come campione o modello;

In tal caso il riferimento è all'art. 1497 c.c., sebbene la nozione di «descrizione» è più lata rispetto al concetto di “promessa”. Si può ragionevolmente affermare che la nozione di “descrizione fatta dal venditore” sia nozione più ampia rispetto a quella di qualità “promessa”: in tal senso, il Cod Cons contiene una tutela più incisiva rispetto al Cod. Civ.

Si pone, però, anche il problema del rapporto tra questa disciplina e quella della vendita su campione o su tipo di campione, che è figura già presente nel cod. civ, ove è definita come la vendita in cui il campione *deve servire come esclusivo paragone per la qualità della merce* (art. 1522 c.c.). In tal caso stabilisce il c.c. che *qualsiasi difformità attribuisce al compratore il diritto alla risoluzione del contratto*. Per i beni mobili di consumo, invece, dovrebbe valere la regola dell'art. 130 ult comma, secondo cui *un difetto di conformità di lieve entità ...non dà diritto alla risoluzione del contratto*.

Se si ritiene che la vendita di beni mobili di consumo sia un *sottotipo* della vendita di beni mobili (a sua volta sottotipo della vendita in generale), la disciplina codicistica della vendita su campione sarebbe certamente inapplicabile in virtù del principio di specialità. Se, invece, si aderisce alla tesi della normativa *trans*tipica, il consumatore avrebbe la possibilità di scegliere tra le norme del Codice del Consumo e quelle del Codice Civile sulla vendita su campione.

c) quando presentano le qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, anche tenuto, se del caso, della pubblicità fatta dal venditore al prodotto;

Anche questa previsione può essere accostata alla mancanza di qualità di cui all'art. 1497 c.c., salva la maggiore ampiezza del riferimento alla pubblicità come fonte di aspettativa in capo al consumatore (così come ulteriormente modificato dal D. Lvo 2 agosto 2007 n. 146).

Si deve osservare, però, che già la giurisprudenza che aveva affermato che *quando le caratteristiche che contribuiscono a qualificare un prodotto (fra le quali rientra il livello di capacità produttiva di un macchinario) costituiscono oggetto di espressa menzione nelle comunicazioni indirizzate, oltreché alla generalità dei consumatori, al destinatario di una*

specifica offerta di acquisto, quest'ultimo ha diritto di fare affidamento sulla loro presenza nel prodotto commerciato, sicché è conforme ai canoni legali di ermeneutica contrattuale il ritenere che le suddette caratteristiche siano state considerate dalle parti qualità essenziali del prodotto, benché nel contratto non ne sia fatta esplicita menzione (Cass., sez. III, 3 aprile 1997 n. 2885).

d) infine, quando i beni sono idonei all'uso particolare voluto dal consumatore e portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto.

Si dà rilevanza, in tal caso, all'uso particolare del bene, che sia stato concordato tra le parti.

E' possibile affermare, quindi, che – a differenza della Convenzione di Vienna, nella quale il difetto di conformità è “tipizzato” in specifiche previsioni normative – nel Codice del Consumo il difetto di conformità è presente:

- quando non ricorrono i requisiti della presunzione di conformità (salvo che il venditore dimostri che la conformità sussiste comunque);

- quando, pur operando la presunzione di conformità, il consumatore riesca a dimostrare che il bene è difforme da quello oggetto dell'accordo contrattuale (e ciò perché l'elencazione delle ipotesi di difetto di conformità deve ritenersi certamente esemplificativa e non tassativa).

Ma se il difetto di conformità può includere fattispecie ulteriori e diverse rispetto a quelle contenute nella presunzione di conformità, si può allora sostenere che alcune fattispecie estranee alle nozioni di difetto di conformità oggetto di presunzione legale siano parimenti comprese in tale nozione, con il mero onere della prova in capo al consumatore di fornire la dimostrazione della difformità del bene rispetto all'accordo contrattuale. Il problema si pone sia per il c.d. *aliud pro alio* sia per il vizio che comporti la diminuzione di valore della *res*.

Se si propende per la nozione estensiva di difetto di conformità, si ha il vantaggio di attribuire al compratore l'ampia gamma dei rimedi di cui all'art. 130, ma lo svantaggio di imporre l'onere della denuncia (60 gg) e di contenere l'azione nel termine di prescrizione di 26 mesi. Se si ritiene, invece, applicabile la disciplina generale del contratto, non c'è bisogno della denuncia, la prescrizione è decennale, ma l'unico rimedio ammesso è quello della risoluzione del contratto (o anche quello dell'esatto adempimento, da intendersi come sostituzione dell'*aliud* ricevuto con il bene oggetto del contratto).

In tal caso, si pone il problema della distinzione tra *aliud pro alio* e difetto di conformità, per il quale potrebbe continuare ad essere applicato il criterio che la Suprema Corte ha individuato per distinguere la fattispecie della vendita di *aliud pro alio* da quella della mancanza delle qualità essenziali della cosa, attraverso il riferimento sia al *genere* della cosa oggetto del contratto, sia alla *destinazione economico-sociale* del bene²⁹.

In particolare, il riferimento alla destinazione economico-sociale vale a circoscrivere la rilevanza del vizio o del difetto di qualità ai casi in cui il bene consegnato sia del tutto insuscettibile di assolvere la funzione di quello contrattato.

Qualora si prediliga l'interpretazione estensiva della nozione di difetto di conformità, in modo da includere quelle fattispecie di vizio astrattamente riconducibili (per espressa previsione di legge o in virtù dell'interpretazione giurisprudenziale) al Codice Civile, si può affermare che venga sostanzialmente ad esaurirsi la valenza *transtipica* della normativa in esame e accentuarsi la dimensione normativa concentrica, strutturata per cornici normative ciascuna in rapporto da *genus* ad *species* rispetto all'altra.

Anche tale impostazione, peraltro, non preclude che – nonostante la previsione apparentemente restrittiva dell'art. 135, comma 2 – in via interpretativa si possa ritenere l'applicabilità, a livello intermedio tra le norme sul contratto in generale e quelle della vendita di beni di consumo, della disciplina generale degli altri tipi contrattuali a cui fa riferimento l'art. 128, comma 1.

²⁹ Da ultimo, Cass., sez. II, 23 marzo 1999 n. 2712.

L'altro problema concerne i cc.dd. **vizi giuridici**, cioè la presenza di diritti di terzi, pesi o vincoli giuridici. Sul punto la dottrina (LUMINOSO) esclude che essi possano rientrare nella nozione di «difetto di conformità» per le seguenti ragioni:

- non v'è traccia dei vizi giuridici né nel testo né nei lavori preparatori della Direttiva;
- la Convenzione di Vienna contiene una disciplina specifica (artt. 41-43) che la Direttiva non contiene.

La conseguenza è, pertanto, l'applicabilità della disciplina generale sull'evizione (totale o parziale) (artt. 1480-1489 c.c.).

Il cod cons non regola neppure l'ipotesi della vendita di bene mobile altrui, alla quale devono ritenersi applicabili gli artt. 1478-1479, fatta salva la possibilità di acquisto a titolo originario ex art. 1153 c.c.

6. Il problema del rapporto tra disciplina generale e norme sul consumo trova, infine, uno dei terreni di maggiore interesse in materia di rimedi avverso l'inadempimento.

I rimedi per l'inadempimento sono contenuti nell'art. 130, intitolato ai *diritti del consumatore*.

Il rimedio principale e generale, cui il consumatore può ricorrere, è quello della richiesta di riparazione o sostituzione del bene, ma il rimedio trova i limiti dell'*oggettiva impossibilità* o dell'*eccessiva onerosità*.

Se la riparazione o sostituzione è impossibile o eccessivamente onerosa, ovvero non è stata effettuata dal venditore o, pur essendo stata effettuata, ha arrecato notevoli inconvenienti al consumatore, quest'ultimo può richiedere, a sua scelta, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto.

Tuttavia, non vi è il diritto alla risoluzione del contratto se il difetto di conformità è di *lieve entità*, anche nel caso che non sia stato possibile o sia risultato eccessivamente oneroso esperire i rimedi della riparazione o della sostituzione.

Si tratta di stabilire, in primo luogo, se, nella vendita di beni di consumo, la risoluzione del contratto si produca per effetto di una dichiarazione unilaterale del consumatore o presupponga un'azione giudiziaria e una sentenza costitutiva dello scioglimento del rapporto contrattuale.

Da una parte, non v'è dubbio che l'art. 1469 *bis* imponga il raffronto col modello generale di risoluzione del contratto, di cui agli artt. 1453 ss., che – come si sa – è finora interpretato e applicato unanimemente come modello *giudiziale*.

Da altro punto di vista, tuttavia, non si possono sottacere alcune considerazioni, che inducono a preferire la tesi della *natura sostanziale* del diritto alla risoluzione.

- Vi è un primo argomento letterale. L'art. 130 parla di «diritti» del consumatore, mentre l'*azione* costituisce soltanto il modo per tutelare in giudizio un diritto.

- Più significativo appare l'argomento sistematico. Il rimedio risolutivo al difetto di conformità, quale alternativa alla riduzione del prezzo, alla sostituzione e riparazione del bene, richiama il modello dei rimedi contenuto nella Convenzione di Vienna, la quale opta espressamente per la natura sostanziale del diritto alla risoluzione, stabilendo che *la dichiarazione di risoluzione produce effetto se fatta con comunicazione all'altra parte* (art. 26).

- E si può ricorrere, altresì, a un ulteriore argomento logico. La recente normativa è ispirata all'intento di *garantire un livello più elevato di tutela del consumatore* (relazione governativa al decreto legislativo). Orbene, la qualificazione del rimedio risolutivo alla stregua di azione giudiziaria “abbasserebbe” notevolmente il livello di tale tutela, posto che la tradizionale

diffida ad adempire³⁰ consentirebbe al consumatore di sciogliersi più rapidamente dal vincolo contrattuale, al quale il venditore si sia rivelato gravemente inadempiente.

- Occorre considerare, infatti, che – nella vendita di beni di consumo – la risoluzione del contratto (come la riduzione del prezzo) rappresenta un rimedio *suppletivo*, al quale il consumatore può ricorrere soltanto *in via graduata*, allorché la sostituzione o la riparazione siano impossibili o eccessivamente onerose, ovvero ricorrano le altre condizioni dell'art. 130 comma 7.

Conseguentemente, soltanto la qualificazione della risoluzione del contratto come recesso impugnatorio consente di ritenere che la nuova disciplina appresti un maggiore livello di tutela nei confronti del consumatore.

Anche per l'azione di riduzione del prezzo si pone la medesima problematica e non pare che la risposta in ordine alla natura (sostanziale o giudiziale) del rimedio possa essere diversa rispetto a quella fornita a proposito della risoluzione del contratto.

In definitiva, l'analisi dei dati normativi, se da una parte consente di escludere l'avvenuta tipizzazione di specifiche figure contrattuali di *contratti del consumatore*, dall'altra induce a privilegiare una dimensione di coordinamento verticale tra norme generali e norme speciali, in grado di valorizzare i non irrilevanti profili di tutela del contraente che già il Codice Civile, nella prudente applicazione giurisprudenziale, appare tuttora in grado di garantire in osmosi con le regole accolte nella legislazione di settore.

³⁰ Tale rimedio, infatti, può essere esperito anche nel caso di inadempimento inesatto: BIANCA, *Diritto civile* 5, cit., 310.

ELENCO DEI QUADERNI PUBBLICATI

- n. 1 – Soddisfazione del cliente e brand equity, R. Fiocca (Aprile 2004).
- n. 2 – Ripensare il lavoro, E. Beltramini (Maggio 2004).
- n. 3 – Il mercato del credito al consumo in Italia: alcune considerazioni, F. Poli (Novembre 2004).
- n. 4 – L'efficacia della comunicazione aziendale, E.T. Brioschi (Aprile 2005).
- n. 5 – Il terziario come motore e nuova frontiera dello sviluppo economico, G. Panzeri (Gennaio 2006).
- n. 6 – Alcune scelte strategiche delle aziende del terziario e dei servizi, G. Pavan (Febbraio 2006)
- n. 7 – Le traiettorie dell'innovazione nei servizi: esperienze a confronto, R. Sebastiani (Gennaio 2007)
- n. 8 – Innovazione tecnologica e coordinate etiche, A. Longo, N. Patrignani (Gennaio 2007)
- n. 9 – Il Reclutamento e la Selezione: fattori critici di successo tra mercato, cultura aziendale, identità personali, R. Zuffo (giugno 2008)
- n. 10 – Il Codice del consumo: riflessioni ed esperienze a due anni dall'entrata in vigore, G. Giordano (settembre 2008)