

CAPITOLO 1

La nozione di consumatore e la nullità di protezione

SOMMARIO: 1. Nozione di consumatore. – 2. Impatto sul quadro nazionale originario. – 3. La nozione di consumatore alla prova dei contratti misti, di quelli conclusi in vista della professione e da un condominio. – 4. La nullità di protezione. – 5. Impatto della nullità di protezione sul sistema codicistico delle invalidità. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Nozione di consumatore

Il consumatore è “la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta” (art. 3, co. 1, d.lgs. n. 206/2005, c.d. codice del consumo).

Mediante tale nozione, si delinea uno statuto contrattuale applicabile ai contratti in cui una parte è un consumatore (c.d. **contratti B2C**), che si affianca al tradizionale contratto codicistico, producendo quella rivoluzione copernicana della materia contrattuale sintetizzata nella felice formula “**dal contratto ai contratti**”. Tale *corpus* normativo può essere suddiviso in una parte generale – applicabile a ogni contratto B2C – e una speciale, applicabile a fronte di specifiche modalità di negoziazione o di singoli tipi contrattuali. Si aggiunga che si tratta di una disciplina che non aspira a essere esaustiva, bensì a derogare e integrare la normativa codicistica, la quale assume, dunque, un ruolo residuale di chiusura (art. 1469-*bis* c.c.).

Tale metamorfosi del diritto dei contratti affonda le proprie radici nella legislazione europea: il tema della “*consumer protection*”, è stato introdotto dalla **Corte di Giustizia** nel celebre *affaire Cassis de Dijon* (C-120/78) in cui si riconosceva la facoltà degli Stati membri di **comprimere** il *sacro* principio della **libera circolazione delle merci**, a fronte della **necessità di tutelare i consumatori finali**. Negli anni seguenti, si sono poi succedute varie direttive, tra le quali si segnalano la direttiva 93/13/CEE in tema di clausole abusive, le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE dedicate alle tecniche di vendita “subdole o aggressive” (entrambe poi sostituite dalla 83/2011/ UE), la 2005/29/

CE in tema di pratiche commerciali scorrette e, per finire, la recente direttiva 771/2019/UE, in tema di garanzie per i beni di consumo.

2. Impatto sul quadro nazionale originario

Il contratto consumeristico costituisce un elemento moderno del diritto dei contratti, il quale, infatti, negli ultimi decenni è sensibilmente mutato per adeguarsi prima ai valori costituzionali e, poi, alle scelte comunitarie di politica economica volte a garantire un assetto di concorrenza perfetta del mercato unico europeo.

Giova dunque evidenziare le differenze con la **figura del contratto** consegnatoci dalla **tradizione**: questa è **unitaria**, in quanto, in ossequio a un ideale di uguaglianza (formale) affermatosi con la Rivoluzione francese, non opera distinzioni sulla base delle caratteristiche soggettive dei paciscenti. Un'altra caratteristica del modello classico è la **centralità dell'autonomia contrattuale** (“*qui dit contractuelle dit juste*”), intesa quale strumento di produzione della ricchezza (teoria economica neoclassica).

Questo modello, che vede il suo archetipo nel *Code Napoleon* del 1804, trova in Italia la sua massima esaltazione nel codice Codacci-Pisanelli del 1865 e, poi, nel codice civile attuale. Tuttavia, quest'ultimo già conosce alcune norme che apportano temperamenti agli ideali su esposti: si pensi alla rescissione per lesione (art. 1448), alla riduzione ad equità della clausola penale manifestamente eccessiva (art. 1384) e alle condizioni generali del contratto (artt. 1341-1342): queste ultime compongono un sistema di tutela ancora embrionale, in quanto basato su una logica formalistica tale per cui è sufficiente una doppia firma per approvare ogni pattuizione. Altri limiti che corrodono l'efficienza di questa impostazione codicistica sono la tassatività dell'elenco e l'assenza di meccanismi di protezione collettiva. Limiti che, successivamente, la disciplina comunitaria del consumatore supererà, coniando sistemi di tutele sostanziali, atipici ed extra-individuali.

Ad ogni modo, secondo la **prospettiva tradizionale**, **questi limiti** al dispiegarsi pieno dell'autonomia privata assurgono a mere eccezioni di un sistema insensibile al problema della giustizia contrattuale.

Al contrario, **la normativa consumeristica mira alla tutela del soggetto debole**, secondo una **prospettiva** che, oltre a essere **ispirata a valori di solidarietà** (art. 2 Cost) e di **uguaglianza sostanziale** (art. 3 Cost.), **risponde a precise logiche economiche**, dato che gli squilibri contrattuali, diffusi nell'attuale mercato dominato dalla contrattazione di massa, sono forieri di

inefficienze. A testimonianza di ciò, basti ricordare che tutto il *corpus* del diritto consumeristico nasce con l'obiettivo di **contrastare le deviazioni del mercato unico europeo dall'archetipo della concorrenza perfetta**. Detto ciò, alcuni Autori (Modugno, Libertini) ritengono superata tale visione del fenomeno consumeristico, il quale, pur nascendo come un diritto sotto l'*emprise de la concurrence*, si sarebbe adeguato a un paradigma solidaristico, che permette di ricondurre i diritti del consumatore nell'alveo dell'art. 2 Cost., sfruttandone l'atipicità. Al contrario, altri Autori (Pardolesi, Zoppini) ritengono la protezione del consumatore meramente strumentale alla preservazione di un mercato concorrenziale.

3. La nozione di consumatore alla prova dei contratti misti, di quelli conclusi in vista della professione e da un condominio

L'enorme portata innovativa della normativa in esame impone di realizzare un'accurata *actio finium regundorum* della nozione di consumatore.

In primis, urge interrogarsi sul **significato del sintagma “scopi estranei all'esercizio della professione”**.

Ad esempio, *quid iuris* dei contratti stipulati per soddisfare esigenze, al contempo, professionali e personali (c.d. contratti misti)? Alcuni autori li escludono dalla tutela consumeristica, facendo leva sull'argomento letterale che legge in modo formale e rigoroso il concetto di estraneità. Vi è poi l'argomento teleologico, basato sulla constatazione che la disciplina consumeristica mira a tutelare soggetti sprovvisti, nel caso concreto, della competenza professionale necessaria per valutare i pro e i contro del contratto: l'esigenza di protezione non sussiste, allora, se il contratto è caratterizzato da una destinazione anche parzialmente e minoritariamente professionale. Ne deriva che la destinazione anche professionale impedisce l'applicazione del modello di tutela consumeristica, salva l'ipotesi residuale dell'assoluta occasionalità della destinazione professionale. Sul fronte opposto, molti autori hanno sottolineato che quello di estraneità è un requisito meno rigoroso dell'esclusività: l'ingegnere che acquista un computer da utilizzare sia per visionare le mappe catastali che per guardare film su Netflix agisce con scopi estranei all'esercizio della professione: posto, infatti, che la legge non richiede l'esclusività del fine non professionale, è sufficiente la destinazione anche consumeristica per qualificare il contraente come consumatore almeno nel caso di uso prevalentemente personale.

Un altro dubbio ermeneutico riguarda i c.d. **contratti in vista della professione, strumentali a un'attività professionale futura**: le **tesi contrapposte** poggiano, rispettivamente, sul dato cronologico e su quello teleologico.

La prima fa leva sulla basilare constatazione che **l'utilizzo del participio passato "svolta" impone attualità dello svolgimento**, con la conseguenza di dover escludere la rilevanza dello *status* di professionista che non sia attuale al momento della stipulazione del contratto. **L'impostazione opposta ritiene non dirimente il dato cronologico**, in quanto nella definizione si legge "*agisce per scopi*", sintagma che suggerisce una **prospettiva finalistica**: **anche il consumatore può agire per scopi imprenditoriali o professionali**, se futuri; un secondo argomento guarda alla figura della controparte che agisce con un soggetto che appare come un imprenditore professionista, ed è dunque titolare di un affidamento incolpevole meritevole di protezione.

Un'altra situazione incerta attiene alla figura del **condominio**.

La nozione di condominio pare incompatibile con quella di consumatore, dato che trattasi di persona giuridica. Tuttavia, giova ricordare che la direttiva 93/13/CEE è una c.d. direttiva minima, la quale, in altre parole, impone un minimo comun denominatore di protezione con facoltà degli stati membri di allargare il raggio d'azione della tutela. Ciò ha condotto la Corte di Giustizia ad affermare l'eurocompatibilità dell'indirizzo giurisprudenziale nostrano che ingloba nella protezione consumeristica anche la figura del condominio (*Corte Giust.*, 2 aprile 2020, C-329/19).

In particolare, la Corte di Giustizia rileva, innanzitutto, che, allo stato attuale di sviluppo del diritto dell'Unione, **la nozione di «proprietà» non è armonizzata a livello dell'Unione europea** e possono sussistere differenze tra gli Stati membri. Infatti, constata che, ai sensi dell'articolo 345 TFUE, i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri. Inoltre, **nella prospettiva di un'interpretazione sistematica più ampia**, osserva che l'articolo 1, paragrafo 2, lettera k), del regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo (GU 2012, L 201, pag. 107), **esclude i diritti reali dal suo ambito di applicazione**.

Di conseguenza, e fintanto che il legislatore dell'Unione non sia intervenuto al riguardo, **gli Stati membri restano liberi di disciplinare il regime giuridico del condominio nei rispettivi ordinamenti nazionali**, qualificandolo o meno come «persona giuridica».

Da questa premessa la Corte trae la conseguenza che **un condominio non soddisfa la prima delle condizioni di cui all'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13 e pertanto non rientra nella nozione di «consumatore» ai sensi di tale disposizione**, cosicché il contratto stipulato tra tale condominio e un professionista è escluso dall'ambito di applicazione della suddetta direttiva.

Fatta questa premessa, tuttavia il giudice eurounitario procede a **verificare se la giurisprudenza interna espressa dalla Cassazione**, che interpreta la normativa di recepimento della direttiva 93/13 nel diritto interno in modo che le norme a tutela dei consumatori che essa contiene siano applicabili anche a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio nell'ordinamento italiano, **contraddica la ratio del sistema di tutela dei consumatori in seno all'Unione**.

A tal fine, ricorda che, ai sensi dell'articolo 169, paragrafo 4, TFUE, **gli Stati membri possono mantenere o introdurre misure di tutela dei consumatori più rigorose**, a condizione che esse siano compatibili con i trattati.

Secondo il considerando 12 della **direttiva 93/13**, quest'ultima procede solo a **un'armonizzazione parziale e minima delle legislazioni nazionali** in materia di clausole abusive, **lasciando agli Stati membri la possibilità di garantire**, nel rispetto del trattato, **un più elevato livello di protezione per i consumatori** mediante disposizioni nazionali più severe di quelle contenute nella medesima direttiva. Inoltre, ai sensi dell'articolo 8 della detta direttiva, **gli Stati membri possono adottare o mantenere**, nel settore da essa disciplinato, **disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore**.

Inoltre, come enunciato dal considerando 13 della direttiva 2011/83, gli Stati membri dovrebbero restare competenti, conformemente al diritto dell'Unione, per l'applicazione delle disposizioni di tale direttiva ai settori che non rientrano nel suo ambito di applicazione. Gli Stati membri possono, in particolare, **decidere di estendere l'applicazione delle norme** della suddetta direttiva **alle persone giuridiche o fisiche che non siano consumatori** ai sensi di quest'ultima.

Nel caso di specie, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale, come visto, risulta che **la Corte suprema di cassazione ha sviluppato un orientamento giurisprudenziale volto a tutelare maggiormente il consumatore estendendo l'ambito di applicazione della tutela** prevista dalla direttiva 93/13 a un soggetto giuridico, quale il condominio nel diritto italiano, che non è una persona fisica, conformemente al diritto nazionale.

Orbene, – per la pronuncia comunitaria – un **tale orientamento giurisprudenziale s'inscrive nell'obiettivo di tutela dei consumatori** perseguito dalla summenzionata direttiva.

Ne deriva – per la decisione del giudice comunitario in esame – che, **anche se una persona giuridica**, quale il condominio nel diritto italiano, **non rientra nella nozione di «consumatore» ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della diret-**

tiva 93/13, gli Stati membri possono applicare disposizioni di tale direttiva a settori che esulano dall'ambito di applicazione della stessa, a condizione che una siffatta interpretazione da parte dei giudici nazionali garantisce un livello di tutela più elevato per i consumatori e non pregiudichi le disposizioni dei trattati. Alla luce di quanto precede, alla questione posta alla sua attenzione, la Corte di Giustizia dispone che l'articolo 1, paragrafo 1, e l'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che **non ostano a una giurisprudenza nazionale che interpreti la normativa di recepimento della medesima direttiva nel diritto interno in modo che le norme a tutela dei consumatori che essa contiene siano applicabili anche a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio nell'ordinamento italiano, anche se un simile soggetto giuridico non rientra nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva.**

4. La nullità di protezione

Tra i vari rimedi posti a tutela del consumatore, un ruolo centrale è riservato dalla disciplina consumeristica alla cd. *nullità di protezione*.

La “**nullità di protezione**” è una **categoria**, di elaborazione dottrinale, **innovativa rispetto alla sistematica codicistica** in materia di invalidità contrattuale. Questa eleva il contraente debole ad “arbitro unico delle sorti della fattispecie” (Girolami): la **legittimazione attiva** è relativa, ossia **riservata al consumatore**; la **rilevazione d'ufficio**, come si vedrà, è **condizionata all'interesse della parte debole**; inoltre, la **nullità** è necessariamente **parziale**.

La disposizione principale che prevede tale forma di invalidità è l'**art. 36 cod. cons.**, in tema di **clausole vessatorie**, (“clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto” art. 33, co.1).

La **disposizione** in esame **non rappresenta l'unica ipotesi legislativa di nullità di protezione**, in quanto alla stessa si aggiungono le ipotesi più specifiche previste dallo stesso codice del consumo (nullità in tema di vendita di beni al consumo: art. 134, di multiproprietà: art. 78 e di commercializzazione a distanza di servizi finanziari: artt. 67 *septies decies* e *octies decies*) e da altre leggi, tra cui si segnalano le previsioni nel settore creditizio a tutela del cliente (*ex multis*, artt. 127 T.U.B e 23 T.U.F.), e, nel campo immobiliare, a protezione dell'acquirente di beni immobili da costruire (art. 2 D.lgs. 122/2005).

Un tema dibattuto attiene al raccordo tra la **rilevabilità d'ufficio e legittimazione relativa** della nullità di protezione, trattandosi di concetti apparen-

temente incompatibili: non a caso il legislatore del '42 ha previsto il rilievo officioso e la legittimazione aperta in un unico articolo (art. 1421 c.c.), come a ritenerle espressione di un binomio indissolubile. Su questa via, la Corte di Cassazione (*Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828*) ha sancito l'incompatibilità "di sistema" tra legittimazione riservata alla sola parte e potere officioso del giudice. Tuttavia, in un successivo intervento, la Suprema Corte ha operato un *revirement*, adottando l'ingegnosa soluzione proposta dalla Corte di Giustizia (*C-243/08, "sentenza Pannon"*, espressamente richiamata in motivazione): **la nullità di protezione è rilevabile *ex officio*, salva opposizione della parte debole**. In definitiva, **la "compatibilità" tra le due regole è declinata in chiave essenzialmente processuale**, attraverso una **"scomposizione" del dovere officioso del giudice in rilevazione/indicazione e dichiarazione della nullità**, quest'ultima non obbligatoria e anzi paralizzabile dalla "facoltà di non avvalersene" che la parte legittimata conserva e può esplicitare in sede di contraddittorio. La Corte, mediante tale stratagemma, ha salvato il rilievo officioso, considerandolo, così, un elemento essenziale di ogni forma di nullità e superando le perplessità dottrinali mosse dalla sottolineatura della finalizzazione della nullità di protezione alla tutela di una sola parte e non alla protezione di interessi generali necessitanti di rilievo officioso. L'apparente contrasto può essere superato rilevando che **la tutela del soggetto debole**, lungi dall'essere esclusivamente il prodotto di un moto solidaristico del legislatore, **corrisponde all'esigenza super-individuale di tutelare l'assetto concorrenziale del mercato europeo**. A tal proposito, è stata coniata la nozione di **"ordine pubblico di protezione"** per descrivere le norme imperative che tutelano, al contempo, l'interesse pubblico alla tutela del mercato concorrenziale e l'interesse della parte debole. In altre parole, il fine pubblico è perseguito con una norma protezionistica.

5. Impatto della nullità di protezione sul sistema codicistico delle invalidità

Tale innovativa forma di invalidità altera il sistema delineato dal codice del '42: quest'ultimo opera una *summa divisio* tra nullità e annullabilità, la prima a tutela di interessi generali – e, perciò, a legittimazione aperta (art. 1421 c.c.), imprescrittibile (1422 c.c.) e non convalidabile (art. 1423 c.c.) – e la seconda in difesa di uno specifico contraente e, dunque, a legittimazione ristretta (art. 1441), con prescrizione quinquennale (art. 1442 c.c.) e convalidabile (art. 1444 c.c.). Nessuna delle due tecniche di invalidazione è una forma di reazione allo squilibrio economico o normativo.