

**IL CODICE DEL CONSUMO**

**Profili applicativi**

**INDICE**

**PAG. - PRIMO CAPITOLO**

**SINTESI DELLE NORME**

**PAG. - SECONDO CAPITOLO**

**LE CLAUSOLE VESSATORIE**

**PAG. - TERZO CAPITOLO**

**CONTRATTI A DISTANZA E CONTRATTI FUORI DAI LOCALI COMMERCIALI –  
DIRITTO DI RECESSO**

**PAG. – QUARTO CAPITOLO**

**PACCHETTI TURISTICI**

**PAG. – QUINTO CAPITOLO**

**RESPONSABILITA' PER DANNO DA PRODOTTI DIFETTOSI**

**PAG. – SESTO CAPITOLO**

**LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DELLE ASSOCIAZIONI DEI CONSUMATORI E DEGLI  
UTENTI**

**PAG. – SETTIMO CAPITOLO**

**LA CLASS ACTION ITALIANA**

**Sintesi delle pronunzie giurisprudenziali più significative.**

## **PRIMO CAPITOLO**

### **SINTESI DELLE NORME**

Il 23 ottobre 2005 è entrato in vigore il Codice del Consumo con d. lgs. 6-9-2005 n. 206.

Si tratta di un provvedimento di grande importanza: Il Codice, infatti, riunisce e sostituisce 4 Leggi, 2 Decreti del Presidente della Repubblica, 14 Decreti Legislativi ed un Regolamento di Attuazione.

Il diritto dei Consumatori, pertanto, trova una disciplina unitaria.

L'adozione del Codice del Consumo, costituito in gran parte dalla semplice trasposizione delle norme previgenti, è stata anche l'occasione per apportarvi alcune modifiche ed aggiunte, nonché per confermare alcune disposizioni di cui era stata ipotizzata la modifica.

La **Parte Prima del Codice contiene le “Disposizioni Generali”**, in cui sono confluite alcune norme della L. 281/98.

**Immutato** è l'elenco dei Diritti dei Consumatori (art.2) così come le definizioni di consumatore o utente, professionista, associazione dei consumatori contenute nell'art.3; la **nozione di consumatore**, in particolare, continua ad essere limitata alla sola *“persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”* (salvo quanto si vedrà in relazione alla disciplina della pubblicità).

La **Parte Seconda del Codice disciplina l'educazione, l'informazione e la pubblicità**, ed accoglie norme tratte dalla Legge 281/98, dalla Legge 126/91 e dal Decreto Ministeriale 101/97.

Rispetto alla formulazione della citata disciplina previgente è stata **aggiunta** una norma (art.4) relativa all'**educazione del consumatore** di cui vengono individuate le finalità nel favorire la consapevolezza dei diritti, lo sviluppo dell'associazionismo, la partecipazione ai procedimenti amministrativi e la rappresentanza.

Il Titolo II, dedicato all'**informazione** ai Consumatori, già D.Lgs. 84/2000, contiene **poche aggiunte** rispetto alla normativa precedente: viene **specificato** che ai fini delle norme sull'informazione deve intendersi per consumatore *“la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali”* (art.5) senza riferimento alcuno alla natura professionale o meno del destinatario; viene **aggiunto** al contenuto minimo delle informazioni l'indicazione del Paese di origine dei prodotti se situato fuori dall'UE (art. 6) ed è **introdotto** l'obbligo per i distributori di carburanti di esporre in modo visibile dalla strada i prezzi praticati al consumo (art. 15).

Il Titolo III, relativo alla **pubblicità**, ex D. Lgs. 74/1992 e D. Lgs 67/2000, contiene una ulteriore, diversa, nozione di consumatore: ai fini delle norme sulla pubblicità e sulle altre comunicazioni commerciali, infatti, *“si intende per consumatore o utente anche la persona fisica o giuridica cui sono dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze”* (art.18).

Come si vede, nonostante l'adozione del Codice avesse la finalità dichiarata di rendere unitaria la normativa, la nozione di consumatore continua ad essere poliedrica e se in linea generale il consumatore è solo la persona fisica che agisce per finalità estranee alla propria attività economica

(art.3), limitatamente ai fini della normativa sulla pubblicità ingannevole, anche una società per azioni può rientrare nella categoria del “consumatore”.

Nell’ambito del titolo III troviamo, dopo la normativa sulla **pubblicità ingannevole e comparativa**, anche la **rinnovata** disciplina (articoli 28 – 32) a tutela del consumatore in materia di **televendite**, già Legge 120/1998 e Legge 39/2002, in cui viene stabilito, tra l’altro, che tali norme si applicano alle televendite “*comprese quelle di astrologia, di cartomanzia ed assimilabili*”.

La norma indica inoltre che “*le televendite devono evitare ogni forma di sfruttamento della superstizione, della credulità o della paura*”: si tratta di precetti che appaiono destinati ad originare non pochi problemi interpretativi dal momento che astrologia, cartomanzia ed attività assimilabili appaiono strettamente connesse alla superstizione ed alla credulità.

**La Parte terza del Codice disciplina il rapporto di consumo** e si apre con la disciplina dei contratti del consumatore in generale (artt. 33-37), precedentemente contenuta nel codice civile (art. 1469 bis – sexies).

E’ rimasta **invariata** l’elencazione delle **clausole vessatorie** mentre il legislatore ha **modificato** la sanzione a carico delle clausole di cui sia accertata la vessatorietà, che nella precedente formulazione venivano dichiarate inefficaci e che nel nuovo Codice sono invece dichiarate nulle: viene quindi introdotta una sanzione più incisiva rafforzando la tutela del consumatore.

Il Titolo II comprende una **novità**, la norma generale contenuta nell’art. 39, sull’obbligo di valutare i principi di buona fede, correttezza e lealtà nelle attività commerciali “*anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori*” seguita dalla disciplina del **Credito al Consumo**, di recente modificata dal d. lgs. n. 141/2010.

Il **Titolo III** della Parte Terza, relativo alle “modalità contrattuali”, raccoglie agli artt. 45 - 49 le norme relative ai **contratti negoziati fuori dei locali commerciali** (già D. Lgs. 50/1992) ed agli articoli 50-61 quelle relative ai **contratti a distanza** (già D. Lgs. 185/1999).

Entrambe le normative previgenti avevano ad oggetto la disciplina del **c.d. diritto di ripensamento del consumatore**, ovvero il suo diritto a recedere, entro termini e con modalità stabilite dalla legge, dai contratti medesimi.

La trasposizione delle citate norme nel Codice è stata l’occasione per **alcune modifiche**.

In primo luogo è stata **unificata** la disciplina del diritto di recesso ora collocata nell’autonoma sezione IV (artt. 64-68) adottando un unico termine per l’esercizio del diritto di recesso che è ora, in ogni caso, di **10 giorni lavorativi** generalizzando così la previsione più vantaggiosa per il consumatore, precedentemente limitata ai contratti a distanza (contro i sette giorni dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali).

Una **seconda modifica** importante concerne la disciplina delle **spese accessorie** che il consumatore che eserciti il diritto di recesso è tenuto a risarcire al professionista: Mentre nella precedente disciplina era stabilito che il consumatore dovesse risarcire le spese accessorie indicate preventivamente nel contratto, l’art. 67 comma 3 del Codice stabilisce che “*le sole spese dovute dal consumatore per l’esercizio del diritto di recesso sono le spese dirette di restituzione del bene al*

*mittente, ove espressamente previsto dal contratto*". La nuova formulazione della norma è volta a contrastare la prassi di quei soggetti che inserivano nei contratti clausole sulle spese accessorie assolutamente esorbitanti, costringendo quindi il consumatore che avesse esercitato il diritto di recesso a pagare, sotto forma di rimborso spese accessorie, delle vere e proprie penali.

La **terza novità** rilevante riguarda la materia del credito al consumo: l'art. 67 comma 6°, infatti, generalizza la regola, precedentemente limitata ai soli contratti a distanza, secondo cui l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore determina la risoluzione di diritto dell'eventuale contratto di finanziamento collegato al contratto di fornitura.

A tal proposito deve rilevarsi che in precedenza la disciplina dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali non conteneva alcuna previsione al riguardo cosicché la novità introdotta con il codice non consiste, come nel caso dei termini per l'esercizio del diritto di recesso, nell'uniformare regole già presenti in entrambe le normative previgenti ma parzialmente diverse, ma consiste nell'estendere ad ogni ipotesi di esercizio del diritto di recesso una norma precedentemente limitata ad una sola specifica fattispecie.

Nel Codice sono state inserite anche le norme concernenti i **contratti aventi ad oggetto l'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili**, (artt. 69-81, già D. Lgs. 427/1998), e quelle sui **servizi turistici** (artt. 82-100 già D. Lgs. 111/1995), per le quali viene ora richiamata la **nuova** ed unificata disciplina del diritto di recesso, di cui si è detto sopra.

Nella **Parte Quarta, relativa alla sicurezza e qualità**, sono confluite, restando sostanzialmente **invariate**, anche le norme sulla **sicurezza dei prodotti** (artt.102-113, già D.Lgs. n.172/2004)), sulla responsabilità per **danno da prodotti difettosi** (artt. 114-127, già DPR 224/1988 e D.Lgs n.25/2001), nonché quelle sulla garanzia legale di conformità e le garanzie commerciali per i **beni di consumo** (artt. 128-135, già inserite agli artt.1519 bis – nonies del codice civile dal D.Lgs. n.24/2002).

Tra le **novità mancate** si segnala, a proposito di tale ultima normativa, che la stessa è rimasta invariata e che, in particolare, non è stata modificata la previsione dell' art. 1519 quinquies, ora art. 131, che sancisce la natura disponibile del diritto di regresso del venditore finale, che abbia ottemperato i rimedi esperiti dal consumatore, nei confronti del soggetto o dei soggetti responsabili del difetto di conformità facenti parte della medesima catena contrattuale distributiva ovvero di qualsiasi intermediario.

Il venditore può rinunciare o escludere sin dall'inizio del rapporto il proprio diritto di regresso nei confronti dei venditori precedenti della medesima catena distributiva per la responsabilità nei confronti del consumatore.

E' noto che tale previsione determina una posizione di debolezza dei piccoli rivenditori nei confronti delle grandi aziende che tendono ad imporre contrattualmente, in virtù della maggior forza negoziale, la preventiva rinuncia al diritto di regresso del venditore, scaricando così sui piccoli commercianti gli oneri relativi alla responsabilità verso i consumatori.

Proprio in ragione di tale fenomeno era stata ipotizzata una modifica della disciplina volta a tutelare i venditori finali.

**La Parte Quinta del Codice, che disciplina le Associazioni dei Consumatori e l'accesso alla Giustizia, non modifica** le norme previgenti ma **aggiunge**, all'articolo 141, una nuova regola per la Composizione extragiudiziale delle controversie, intesa a favorire il ricorso alle procedure conciliative, specie quelle amministrative dalle Camere di Commercio.

Questo è il quadro di insieme delle norme riunite e parzialmente riviste con il decreto legislativo n. 206/2005, c.d. Codice del consumo, nel momento della sua prima entrata in vigore.

Al codice del consumo sono state introdotte modifiche ed abrogazioni, con successivi interventi normativi, in particolare con la l. 24 dicembre 2007 n. 244, che ha introdotto l'art. 140 bis sulla famosa "class action", l'azione collettiva risarcitoria, successivamente ridenominata "azione di classe" dalla l. 23-7-2009 n. 99, di cui si parlerà ampiamente.

Altre modifiche sono state apportate da successive norme contenute nella l. n. 14/09 (ha aumentato le sanzioni amministrative ai professionisti ex art. 62 del codice); nella l. n. 69/09 (che ha modificato gli artt. 86 – elementi del contratto di vendita di pacchetti turistici e 100 – fondo di garanzia); nella l. n. 88/09, che ha introdotto l'art. 144 bis (cooperazione tra le autorità nazionali per la tutela dei consumatori).

Da ultimo, è entrata in vigore una sostanziale modifica al codice del consumo, mediante abrogazione degli artt. 40-41-42, ad opera del d. lsg. n. 141/10 citato, che ha modificato la normativa del credito al consumo.

## SECONDO CAPITOLO

### LE CLAUSOLE VESSATORIE (ARTT. 33-38)

Il Codice del Consumo ha adottato l'opzione dello scorporo delle disposizioni in materia di clausole vessatorie, originariamente contenute negli articoli dal 1469 bis al 1469 sexies del Codice Civile; oggi, quindi, tali disposizioni trovano collocazione nella Parte III, Titolo I del suddetto Codice, dall'art. 33 all'art. 38. Si tratta di regole volte a limitare l'autonomia privata del professionista impedendo a questi di abusare della propria forza contrattuale a svantaggio del consumatore.

Il consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

Il Codice ha introdotto l'esplicita menzione della sanzione della "nullità" per queste clausole abusive.

Si tratta di una figura di nullità peculiare, c.d. di protezione: essa si contraddistingue per essere relativa, in quanto opera solo a vantaggio del consumatore, e parziale, in quanto il contratto rimane efficace per il resto.

Ne è inoltre espressamente stabilita la rilevabilità d'ufficio, sicché la presenza di una clausola abusiva potrà essere comunque sanzionata per intervento del giudice anche qualora non sia stata espressamente impugnata dal consumatore.

La competenza in materia di azioni inibitorie e di azioni dirette a far dichiarare la **nullità delle clausole**, infatti, è del giudice ordinario e tale controllo giudiziale interessa unicamente il singolo contratto. Al fine di assicurare una tutela ultraindividuale, e quindi collettiva, la legge ha riconosciuto alle Associazioni e alle Camere di Commercio la legittimazione a proporre l'azione inibitoria: ciò ha aperto un fronte di attività camerale di controllo preventivo sulle condizioni generali di contratto e sui contratti standard, finalizzata all'esperimento dell'azione prima che la clausola vessatoria sia usata, e cioè inserita nei contratti conclusi.

L'**art. 33** del Codice del Consumo **definisce "vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che, malgrado la buona fede del professionista, determinano a carico del consumatore uno squilibrio dei diritti ed obblighi significativo"**.

La vessatorietà della clausola non riguarda l'eventuale sproporzione economica delle prestazioni, ma lo squilibrio giuridico delle posizioni contrattuali delle parti contrapposte. Spetta al professionista provare che l'assetto contrattuale complessivo è tale da annullare ogni squilibrio a scapito del consumatore.

Il medesimo articolo, al secondo comma, elenca venti clausole ritenute vessatorie fino a prova contraria:

"Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di:

- a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;
- b) escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di

un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;

c) escludere o limitare l'opportunità da parte del consumatore della compensazione di un debito nei confronti del professionista con un credito vantato nei confronti di quest'ultimo;

d) prevedere un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista e' subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà;

e) consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se e' quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere;

f) imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo;

g) riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto;

h) consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa;

i) stabilire un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione;

l) prevedere l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto;

m) consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso;

n) stabilire che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione;

o) consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale e' eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto;

p) riservare al professionista il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto o conferirgli il diritto esclusivo d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto;

q) limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatari o subordinare l'adempimento delle suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità;

r) limitare o escludere l'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore;

s) consentire al professionista di sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo;

t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi;

u) stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore;

v) prevedere l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo come subordinati ad una condizione sospensiva dipendente dalla mera volontà del professionista a fronte di un'obbligazione immediatamente efficace del consumatore. E' fatto salvo il disposto dell'articolo 1355 del codice civile.

La presunzione di vessatorietà derivante dall'inclusione di una clausola nell'elenco non è assoluta e può essere superata nel caso in cui vi sia trattativa individuale e comunque un sostanziale equilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto per le parti.

**ESCLUSIVA** (lettera "t"): la clausola (alla quale viene peraltro riconosciuta, sul piano del merito, la capacità di soddisfare interessi ed esigenze meritevoli di tutela) deve presumersi vessatoria se il professionista non è in grado di dimostrare che la stessa è stata oggetto di trattativa fra le parti. E' quindi necessario lasciare la facoltà di scelta fra i due tipi di mandato, in esclusiva e non, prevedendo nel primo caso una serie di oneri aggiuntivi a carico del mediatore. L'obbligo a carico del venditore potrebbe essere mantenuto compensando la penale che questi pagherebbe in caso di violazione con la rinuncia, da parte del mediatore, al rimborso delle spese in caso di mancata conclusione dell'affare.

**IRREVOCABILITÀ** (lettera "g"): la clausola che non riconosce al cliente la facoltà di recedere dal contratto prima della sua scadenza deve essere eliminata. In suo luogo va prevista la facoltà di recesso da parte di entrambe le parti contrattuali, verso la corresponsione di una determinata somma di denaro.

**PENALE** (lettera "f"): affinché la penale non desti sospetti di vessatorietà è necessario che non sia manifestamente eccessiva. In tal caso è fondamentale l'assetto di interessi risultante dal combinato disposto della clausola penale stessa e dell'individuazione degli obblighi negoziali facenti capo al mediatore. A fronte di specifici inadempimenti del venditore devono essere previste le attività che il mediatore si impegna a svolgere per l'adempimento dell'incarico ricevuto.

**RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE** (lettera "u"): si presume abusiva sino a prova contraria la clausola che stabilisca come sede del foro competente una località diversa da quella della residenza o del domicilio elettivo del consumatore. Pare pertanto preferibile l'orientamento di non inserire alcuna clausola di tal genere in quanto è la legge a stabilire il Foro competente, salva sempre comunque una diversa scelta operata con la trattativa individuale.

**DISDETTA** (lettera "i"): il termine stabilito per la relativa comunicazione non deve essere eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto.

Sono in ogni caso nulle, invece, le clausole che, quand'anche oggetto di trattativa, abbiano per effetto o per oggetto quanto previsto dall'art. 36, comma 2 del Codice del Consumo: "Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di:

- a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;
- b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;
- c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto".

Ai sensi del successivo terzo comma dell'art. 36, **la nullità** opera soltanto a vantaggio del consumatore e **può essere rilevata d'ufficio dal giudice**.

L'art. 34 del Codice contiene gli elementi per procedere all'accertamento della vessatorietà delle clausole:

"1. La vessatorietà di una clausola e' 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 o da cui dipende.

2. La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, ne' all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

3. Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riprodotte di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea.

4. Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale.

5. 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".

Il successivo art. 35, al secondo comma, dispone che "In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore".

## TERZO CAPITOLO

### CONTRATTI A DISTANZA E CONTRATTI FUORI DAI LOCALI COMMERCIALI – DIRITTO DI RECESSO (ARTT. 45-68)

Il nuovo Codice del Consumo regola, agli articoli dal 45 al 68, i contratti conclusi al di fuori degli esercizi commerciali (o per strada o in alberghi o su autobus) e i contratti a distanza.

Le normative sono molto simili, ma con delle distinzioni.

Sono comunque contratti particolari per i quali vale **il diritto di recesso entro 10 giorni**, previsto a garanzia dei soli consumatori privati (acquisti senza partita iva), che si differenziano da quelli conclusi recandosi in un negozio ad acquistare un capo d'abbigliamento o firmando nella sede di una scuola per frequentare un corso d'inglese.

Qui si analizzeranno i **contratti a distanza (conclusi su Internet, per telefono, per fax, per posta o tramite televisione)**, già regolati dal decreto legislativo 185/99. Per contratti a distanza relativi a servizi di telefonia (fissa e mobile), adsl, suonerie, ecc. valgono regole ancora più puntuali.

#### **Sono comunque esclusi i seguenti contratti:**

- relativi ai servizi finanziari, di investimento, di assicurazione, bancari e previdenziali;
- conclusi tramite distributori automatici o tramite locali commerciali; automatizzati;
- conclusi con gli operatori delle telecomunicazioni tramite l'utilizzo però di telefoni pubblici (invece che dal proprio apparecchio);
- relativi a costruzione e vendita (nonché ad altri diritti relativi a beni immobili), locazione esclusa;
- conclusi in una vendita all'asta.

Il consumatore deve ricevere, prima della conclusione del contratto, le seguenti informazioni:

- identità del fornitore (e suo indirizzo nel caso sia previsto il pagamento anticipato);
- le caratteristiche essenziali del bene, o del servizio;
- il prezzo (compresa l'indicazione di tasse ed imposte);
- eventuali spese di consegna;
- modalità di pagamento e di consegna del bene;
- esistenza od esclusione motivata del diritto di recesso;
- modalità di restituzione e ritiro del bene in caso di recesso;
- costi dell'utilizzo della tecnica di comunicazione;
- durata della validità dell'offerta e del prezzo;
- durata minima del contratto nel caso si tratti di fornitura di prodotti o servizi, ad esecuzione continuata o periodica.

Tali informazioni devono essere dettagliate in maniera chiara.

Il consumatore deve ricevere conferma per iscritto (o su altro supporto) su tutte le informazioni di cui sopra. Ciò deve avvenire prima od al momento della stipula del contratto.

Devono, inoltre, essere fornite le seguenti informazioni:

- condizioni e modalità per l'esercizio del diritto di recesso;
- indirizzo (geografico) della sede del fornitore, per eventuali reclami;

- informazioni su servizi di assistenza e su garanzie commerciali.

Queste informazioni - fatto salvo l'indirizzo geografico - non devono essere comunicate nel caso in cui l'esecuzione dei servizi oggetto del contratto, sia effettuata mediante tecnica di comunicazione a distanza, qualora tali servizi siano forniti in un'unica soluzione e fatturati dall'operatore della rete di comunicazione (ci si riferisce a collegamenti telefonici).

L'ordine deve essere eseguito dal fornitore entro 30 giorni (salvo diversi accordi), a decorrere da quello successivo alla trasmissione dello stesso. Nel caso di indisponibilità - anche temporanea - del bene, che porti ad un ritardo nella consegna entro il termine previsto, il fornitore informa il cliente e provvede al rimborso delle somme percepite per il pagamento. Una fornitura diversa, anche se di valore superiore, non può essere consegnata in sostituzione di quella mancante, se non con il consenso del compratore (da prestarsi al momento della conclusione del contratto).

Non sono necessarie le indicazioni su identità fornitore, caratteristiche bene, etc., neppure per iscritto, né è possibile esercitare il diritto di recesso e l'obbligo di consegnare entro i 30 giorni nei seguenti casi:

- contratti di fornitura di generi alimentari, bevande ed altri beni per uso domestico di consumo corrente (forniti presso il proprio domicilio da distributori che effettuino giri frequenti e regolari);
- contratti di fornitura per servizi relativi ad alloggio, trasporti, ristorazione, tempo libero, quando all'atto della conclusione del contratto il fornitore si impegni a fornire tali prestazioni ad una data determinata o ad un periodo prestabilito.

Nel caso in cui la somma trattenuta fosse superiore al prezzo pattuito, l'istituto di emissione riaccrediterà le somme in eccesso, dopo che il consumatore abbia dimostrato di aver pagato in più.

E' vietata la fornitura di beni o servizi che comportino un pagamento prima dell'ordine del consumatore.

L'utilizzo di telefono, posta elettronica, fax od altri sistemi automatizzati da parte di un fornitore, è possibile dopo un preventivo consenso del consumatore.

Oltre a questi mezzi, è possibile utilizzarne altri sempre se accettati dal consumatore.

**Il diritto di recesso**

si può esercitare senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo entro 10 giorni lavorativi a partire dalla data del ricevimento dei beni; se non si fosse in grado di esercitare il recesso perché non sono state fornite modalità dello stesso e recapiti del venditore, i 10 giorni decorrono a partire dal giorno in cui si avranno queste informazioni, entro tre mesi dalla consegna.

Se si tratta di servizi, il termine decorre dal giorno della conclusione del contratto (resta uguale il discorso -come per i beni- della decorrenza posticipata nel caso di assenza di informazioni per il recesso, e, anche qui, non oltre i tre mesi dal contratto).

Non si può recedere dal contratto (salvo indicazione contrattuale contraria) nei seguenti casi:

- fornitura di beni e servizi il cui prezzo sia legato a fluttuazioni dei tassi del mercato finanziario che il fornitore non è in grado di controllare;
- fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati o che -per loro natura- non possano essere rispediti perché rischierebbero di deteriorarsi od alterarsi;

- fornitura di prodotti audiovisivi e di software, venduti sigillati ed aperti dal consumatore;
- fornitura di giornali, periodici e riviste;
- servizi di scommesse e lotterie.

Pena la sua validità, il diritto di recesso deve essere esercitato con l'invio -presso la sede geografica- di una comunicazione scritta inviata tramite raccomandata A/R (con avviso di ricevimento).

In alternativa, è possibile inviare entro il termine un telegramma od un fax, il quale acquisterà validità, facendola decorrere da quel momento, solo se confermato tramite raccomandata A/R entro 48 ore.

Nel caso in cui al momento dell'esercizio del diritto di recesso la consegna del bene fosse già avvenuta, il consumatore e' tenuto a restituirlo od a metterlo a disposizione del venditore, secondo le modalità previste dal contratto. Il termine per la restituzione non può comunque essere inferiore a dieci giorni lavorativi.

Le uniche spese dovute dal consumatore sono quelle di consegna e di restituzione del bene al mittente.

Il venditore ha l'obbligo di rimborsare le somme già versate, gratuitamente e nel minor tempo possibile (termine massimo: 30 giorni dalla data in cui il venditore e' messo a conoscenza dell'avvenuto recesso).

Il venditore deve rimborsare l'intero prezzo pagato dal consumatore, senza detrarsi alcuna spesa riferita, per esempio, alla consegna della merce. Ciò anche se detto addebito fosse previsto contrattualmente, visto che sarebbe riferito solo al caso in cui la vendita andasse a buon fine. Il principio, già sancito dalla legge, e' stato confermato dalla sentenza della Corte di giustizia europea nella causa C-511/08 che riguardava un venditore tedesco.

Un eventuale contratto di credito (necessario al pagamento, come un finanziamento) che fosse sorto contestualmente al contratto principale, nel caso di risoluzione di quest'ultimo, si intende risolto di diritto senza alcuna penalità.

L'obbligo di comunicare al finanziatore il recesso, è a carico del venditore (il quale dovrà rimborsare le somme già percepite).

Il foro competente territorialmente e' quello del domicilio (o residenza) del consumatore.

Sono irrinunciabili i diritti sopra indicati ed è nulla qualsiasi pattuizione in contrasto.

Salvi i casi in cui il fatto costituisca reato, il mancato rispetto della normativa in materia di comunicazione dei dati, recesso e consegna, comporterà per le ditte l'applicazione di una sanzione amministrativa.

La segnalazione delle violazioni può essere fatta all'Ufficio provinciale dell'Industria e dell'Artigianato dove ha sede l'operatore commerciale.

Nel caso il venditore non voglia procedere secondo le previsioni della legge (non restituisca la cifra pagata in caso di recesso, non consegni la merce, ecc.), il consumatore deve fare le sue richieste tramite una raccomandata A/R di messa in mora.

Col diffondersi di Internet diventa sempre più frequente acquistare prodotti o stipulare contratti (telefonici, di assicurazione, etc.) a distanza, senza recarsi fisicamente presso il venditore e spesso senza nemmeno averci un minimo contatto personale.

La normativa italiana si è via via adeguata alle direttive della comunità europea al riguardo, sia con normative di carattere generale inerenti i contratti a distanza (come il d.lgs. 185/99, confluito poi nel codice del consumo, il d.lgs. 206/2005), sia con leggi più specifiche, in questo caso relative a contratti di assicurazione, bancari, etc.

Con il d. lgs. 190/2005 è stata infatti recepita la direttiva 2002/65/CE che disciplina la **vendita di servizi bancari, assicurativi e creditizi realizzati a distanza**.

Questo decreto è stato abrogato dal d. lgs. 221/07 e la relativa normativa è stata inserita nel codice del consumo, nella sezione IV bis titolata “commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori”, articoli dal 67-bis al 67 vicies bis.

Rientrano nella competenza di questa disciplina tutti i contratti conclusi tra imprese e consumatori tramite tecniche di comunicazione come Internet, il telefono, il fax, etc. che abbiano per oggetto servizi di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione e di previdenza sociale.

In fase di trattativa debbono essere fornite specifiche informazioni in modo chiaro e comprensibile, indipendentemente dal tipo di tecnica di comunicazione a distanza che venga utilizzata.

La mancanza di tale informativa comporta la nullità del contratto, che deve essere fatta valere dal consumatore.

L'onere della prova sull'adempimento degli obblighi ricade sul fornitore.

**Le informazioni da ricevere sono:**

sul fornitore del servizio (banca, compagnia di assicurazioni, finanziaria, etc.)

- identità del fornitore, sua attività ed indirizzo geografico della sede e di eventuali altri punti di riferimento rilevanti per il consumatore;
- identità dell'eventuale rappresentante del fornitore e suo indirizzo geografico;
- identità dell'eventuale professionista che abbia diretto contatto col consumatore;
- il registro di commercio a cui sia eventualmente iscritto il fornitore e gli estremi della competente autorità di controllo qualora il fornitore sia soggetto ad autorizzazione.

sul servizio venduto (contratto r.c.auto, finanziamento, etc.);

- descrizione delle principali caratteristiche del servizio;
- prezzo totale che il consumatore dovrà corrispondere per il servizio, compresi tutti gli oneri, commissioni e spese nonché le imposte. Se non è possibile indicare il prezzo esatto, va fornita la base di calcolo dello stesso, in modo che il consumatore possa verificarlo;
- avvisi riguardanti l'eventuale rapporto del servizio con strumenti che implicano rischi dovuti a loro caratteristiche o alle operazioni da effettuare oppure nei casi in cui il prezzo sia legato alla fluttuazione dei mercati finanziari;
- l'eventuale esistenza di altre imposte e costi non pagati direttamente tramite il fornitore.
- eventuali scadenze dell'offerta proposta;

- le modalità di pagamento e di esecuzione del servizio nonché le condizioni di sicurezza delle operazioni di pagamento;
- eventuali costi inerenti l'utilizzo della comunicazione a distanza;
- gli eventuali collegamenti con altri servizi finanziari (per esempio un contratto di conto corrente legato all'attivazione di una carta di credito), con illustrazione degli effetti derivanti dalla combinazione.

**Sul contratto:**

- informazioni sull'esistenza o la mancanza del diritto di recesso con le condizioni e le modalità per il suo esercizio specificando i mezzi (dev'essere prevista in ogni caso la raccomandata a/r), i termini massimi e l'indirizzo geografico a cui inviare la lettera. Devono essere date informazioni anche sugli importi che potrebbero venir trattenuti nonché sulle conseguenze del mancato esercizio di tale diritto;
- la durata minima del contratto, in caso di prestazione permanente o periodica;
- tutte le informazioni sui diritti delle parti riguardo la rescissione anticipata, anche unilaterale, comprese le penali eventualmente dovute;
- lo Stato membro o gli Stati membri sulla cui legislazione si basa il rapporto prima della conclusione del contratto e le clausole contrattuali sulla legislazione applicabile al contratto nonché il foro competente per le controversie;
- la lingua o le lingue utilizzate per le comunicazioni delle condizioni contrattuali e delle varie informative e le comunicazioni da emettersi durante il periodo di validità del contratto.

**Sui ricorsi:**

- esistenza o mancanza di procedure conciliative di reclamo e/o ricorso accessibili al consumatore e le modalità per avvalersene;
- esistenza di fondi di garanzia o altri mezzi di indennizzo.

Se i primi contatti avvengono per telefono, l'identità del fornitore e lo scopo della chiamata devono essere dichiarate all'inizio della conversazione. In questo caso le uniche informazioni da fornire, su consenso del consumatore, sono:

- identità del chiamante e suo rapporto col fornitore;
- descrizione delle principali caratteristiche del servizio;
- prezzo totale del servizio comprensivo di imposte. Se non è possibile indicare il prezzo esatto, va fornita la base di calcolo dello stesso, in modo che il consumatore possa verificarlo;
- l'eventuale esistenza di altre imposte e costi non pagati direttamente tramite il fornitore;
- informazioni sull'esistenza o la mancanza del diritto di recesso con le condizioni e le modalità per il suo esercizio specificando i mezzi (dev'essere prevista in ogni caso la raccomandata a/r), i termini massimi e l'indirizzo geografico a cui inviare la lettera. Devono essere date informazioni anche sugli importi che potrebbero venir trattenuti nonché sulle conseguenze del mancato esercizio di tale diritto (per i dettagli sul recesso si veda più avanti).

Riguardo alle altre informazioni (fornitore, contratto e ricorsi) l'operatore deve comunicare al consumatore che esse saranno disponibili su richiesta, precisandone la natura.

In ogni caso il fornitore deve dare le informazioni nel momento in cui il contratto viene concluso, inviandone copia scritta.

In caso di adesione da parte del consumatore all'offerta, il fornitore deve inviare copia del contratto, cartacea o su un supporto durevole (tipicamente dischetti o cd rom, o comunque strumenti che ne consentano la memorizzazione e la riproduzione).

L'invio "fisico" avviene, tipicamente, nel caso in cui la conclusione sia avvenuta per telefono, mentre nel caso si sia utilizzato Internet, le condizioni contrattuali sono di solito rese disponibili subito, on-line; una volta confermata l'adesione, esse sono date come conosciute e sottoscritte.

In tutti i casi il contratto deve giungere, o risultare accessibile, prima che diventi definitivamente vincolante, in tempo utile per esercitare il recesso.

Il consumatore ha diritto, inoltre, di ricevere copia cartacea delle condizioni contrattuali in qualsiasi momento, su specifica richiesta.

I pagamenti sono effettuati nei tempi e modi previsti dal contratto. Possono esservi incluse le carte di credito o di debito ed in tal caso, ovviamente, l'ente che gestisce tale strumento deve provvedere a riaccreditarne gli importi non autorizzati o per i quali il consumatore dimostri l'eccedenza rispetto a quanto pattuito col fornitore del servizio oppure l'esecuzione fraudolenta sia da parte del fornitore che di terzi.

L'onere della prova riguardo la regolarità degli addebiti spetta al gestore della carta.

Il consumatore dispone di un termine di **14 giorni** per recedere dal contratto senza penali e senza dover indicare il motivo della sua decisione, ovvero incondizionatamente (art. 67 duodecies).

Il termine è di 30 giorni, invece, per tutti i contratti di assicurazione sulla vita e per i PIP (piani individuali pensionistici).

#### **Il termine decorre:**

- dalla data di conclusione del contratto. Per le assicurazioni sulla vita, il termine decorre dal momento in cui al consumatore è data notizia di tale conclusione;
- dalla data in cui il consumatore riceve le condizioni contrattuali, se ciò avviene dopo la conclusione (tipicamente quando l'adesione è avvenuta telefonicamente).

Perché il recesso sia esercitato correttamente, il consumatore deve inviare entro il suddetto termine una comunicazione scritta mediante raccomandata a/r o altro mezzo indicato nel contratto (la raccomandata a/r va sempre bene e deve essere inclusa nei mezzi di recesso previsti).

Il consumatore che esercita il recesso è tenuto a pagare solo l'importo del servizio eventualmente già prestato dal fornitore, tenendo conto che l'esecuzione del contratto può iniziare solo su propria richiesta.

Per i contratti di r.c.auto, per esempio, può essere trattenuta la quota di premio relativa al periodo in cui il contratto è stato valido (esempio: se una polizza viene sottoscritta in data 3 Maggio e la copertura assicurativa parte dallo stesso giorno -come normalmente avviene- il recesso esercitato in data 10 Maggio comporta il pagamento dei sette giorni di copertura).

Tale importo non può essere di entità tale da costituire una penale e va calcolato in modo proporzionale considerando il periodo di validità del contratto ed il tipo di prestazioni previste.

Il pagamento di tale somma è condizionato dalla prova che il consumatore sia stato informato sul prezzo del servizio e dal fatto che la prestazione sia partita subito -prima che decorresse il termine di recesso- su richiesta del consumatore.

Non è dovuto alcun importo, quindi, in tutti i casi in cui il fornitore abbia dato avvio all'esecuzione del contratto prima della scadenza del termine di recesso e senza preciso consenso del consumatore. Entro 15 giorni dal ricevimento della raccomandata di recesso il fornitore deve restituire tutti gli importi riscossi e non dovuti.

Il consumatore, da parte sua, deve restituire i beni che eventualmente avesse già ricevuto -nonché gli importi che avesse già incassato- entro 15 giorni dalla comunicazione di recesso. Non è prevista la restituzione di eventuali indennizzi -riferiti al verificarsi dell'evento assicurato- già percepiti nel frattempo (per es. sono esclusi i contratti r.c.auto, per i quali il manifestarsi dell'evento preclude la possibilità di recedere).

#### **IL RECESSO NON SI PUO' ESERCITARE:**

- in tutti i casi in cui il contratto sia stato interamente eseguito da ambedue le parti, dietro richiesta scritta del consumatore, prima che sia decorso il termine utile per il recesso;
- per i contratti di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per i danni derivanti dalla circolazione di veicoli a motori e natanti (r.c.auto), nei casi in cui si sia verificato l'evento assicurato (un incidente, tipicamente) prima che sia decorso il termine utile per il recesso;
- per le polizze di assicurazione inerenti i bagagli, i viaggi, o polizze analoghe a breve termine, di durata inferiore al mese;
- per quei servizi, tipicamente di investimento, il cui prezzo dipende da fluttuazioni di mercato finanziario che il fornitore non è in grado di controllare e che possono manifestarsi durante il periodo concesso per il recesso, come i servizi inerenti le operazioni di cambio, gli strumenti del mercato monetario, i valori mobiliari (azioni, obbligazioni), quote di fondi comuni di investimento, etc.

Rimangono praticamente incluse nel recesso solo le gestioni patrimoniali

Durante il periodo previsto per il recesso l'effetto dei contratti di investimento si sospende;

se al contratto da cui si vuole recedere ne è collegato un altro (sempre sottoscritto a distanza, e inerente servizi finanziari prestati dallo stesso fornitore o da un terzo sulla base di accordi intercorrenti tra loro), tale contratto aggiuntivo si risolve automaticamente, senza penali, al momento in cui si esercita il recesso per quello principale.

Esempi: un conto corrente a cui sia legato un contratto relativo ad una carta di credito o un'assicurazione r.c.auto collegata ad un conto corrente.

Per i contratti di credito al consumo stipulati a distanza per acquistare beni o servizi la cui vendita è disciplinata dal codice del consumo (acquisto di beni di consumo, multiproprietà, e di tutti i servizi diversi da quelli finanziari) si applicano le regole dettate dallo stesso codice anche per il recesso, il

cui termine rimane di 10 giorni sia per il contratto principale che per quello di finanziamento eventualmente collegato.

### SERVIZI E COMUNICAZIONI NON RICHIESTE

Come per tutti i servizi, anche quelli finanziari non possono essere attivati se non su esplicita richiesta del consumatore.

In caso di attivazione non richiesta, valutata tenendo conto della regola generale secondo cui “la mancata risposta del consumatore non significa consenso”, non sono dovute prestazioni pecuniarie di alcun tipo da parte del consumatore.

Ogni attivazione di servizi non richiesti, inoltre, costituisce per legge “pratica commerciale scorretta e può essere segnalata, in tal senso, all'autorità garante della concorrenza (antitrust).

### SANZIONI E CONTESTAZIONI

I contratti attivati senza rispettare le regole di informativa precontrattuale dettate dalla legge, o per i quali il fornitore ostacoli l'esercizio del diritto di recesso o non rimborsi nei termini previsti le somme eventualmente già pagate, **sono nulli.**

La nullità deve essere fatta valere dal consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto eventualmente percepito. Il consumatore è, inoltre, libero di agire per il risarcimento dei danni.

Sono nulle anche tutte le eventuali clausole contrattuali che privassero il consumatore dei diritti sanciti dalla legge.

Anche in questo caso la nullità deve essere fatta valere dal consumatore.

I fornitori che contravvengono alle regole sono punibili con sanzioni che variano da 5.000 a 50.000 euro, da comminarsi da parte delle specifiche autorità di vigilanza (ISVAP nel caso di assicurazioni, la Banca d'Italia per i servizi bancari, etc.).

L'onere della prova riguardo all'adempimento degli obblighi di informazione, alla prestazione del consenso del consumatore inerente la conclusione del contratto, all'esecuzione dello stesso e agli eventuali inadempimenti, grava sul fornitore.

Sono da considerarsi vessatorie tutte le clausole che prevedano qualcosa di diverso.

Risulta chiaro, quindi, che ogni irregolarità o ritardo va contestata tempestivamente, per raccomandata a/r (magari di messa in mora), facendo nel contempo una specifica segnalazione all'autorità di vigilanza competente.

## QUARTO CAPITOLO

### PACCHETTI TURISTICI

L'art. 84 del codice del consumo disciplina i pacchetti turistici, aventi ad oggetto **“viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso”**, anche chiamati "Package Tour", venduti od offerti in vendita a un prezzo forfetario e di durata superiore alle ventiquattro ore ovvero comprendente almeno una notte.

I pacchetti turistici sono la risultante della combinazione di almeno due dei seguenti elementi: il trasporto; l'alloggio; i servizi turistici non accessori al trasporto o all'alloggio di cui alle lettere i) ed o) dell'art. 86 (la visita guidata, per esempio).

La fatturazione separata degli elementi di uno stesso pacchetto turistico non sottrae l'organizzatore o il venditore agli obblighi di cui alle norme del codice del consumo.

Ai sensi dell'art. 82, la normativa sui pacchetti turistici si applica a quelli venduti nel territorio nazionale, dall'organizzatore o dal venditore, o negoziati al di fuori dai locali commerciali e a distanza.

L'art. 83 definisce i soggetti:

"a) organizzatore di viaggio, il soggetto che realizza la combinazione degli elementi di cui all'articolo 84 e si obbliga in nome proprio e verso corrispettivo forfetario a procurare a terzi pacchetti turistici;

b) venditore, il soggetto che vende, o si obbliga a procurare pacchetti turistici realizzati ai sensi dell'articolo 84 verso un corrispettivo forfetario;

c) consumatore di pacchetti turistici, l'acquirente, il cessionario di un pacchetto turistico o qualunque persona anche da nominare, purché soddisfi tutte le condizioni richieste per la fruizione del servizio, per conto della quale il contraente principale si impegna ad acquistare senza remunerazione un pacchetto turistico."

D'altronde, precisa il punto 2) dell'art., potrà essere venduto dall'organizzatore (tour operator) direttamente o tramite un intermediario, l'agenzia viaggi.

L'art. 85 prescrive che il contratto di vendita dei pacchetti turistici deve essere redatto in forma scritta, in termini chiari e precisi, sottoscritto o timbrato dall'organizzatore o venditore; copia deve essere rilasciata all'acquirente.

La ratio del requisito della forma scritta è evidentemente quella di garantire una maggiore tutela del consumatore, assicurandogli una prova documentale in caso di controversia.

L'unico mezzo idoneo a sostituire la forma scritta è lo strumento informatico, ma per utilizzarlo è necessario il consenso preventivo del consumatore.

Non è chiaro se la forma scritta sia richiesta *ad substantiam*, nel silenzio della legge. Alcune pronunce di merito (Tribunale di Bari con sentenza 2 luglio 2005) e parte della dottrina ritengono che sia nullo il contratto non avente tale forma; ma altra parte della dottrina fa solamente derivare, dalla mancanza dello scritto, l'onere probatorio a carico del venditore in ordine alle sue clausole nonché una sua responsabilità in riferimento all'inadempimento dell'obbligo informativo nei confronti del consumatore.

**Art.86** Elementi del contratto di vendita di pacchetti turistici

Il contratto contiene i seguenti elementi:

- a) destinazione, durata, data d'inizio e conclusione, qualora sia previsto un soggiorno frazionato, durata del medesimo con relative date di inizio e fine;
- b) nome, indirizzo, numero di telefono ed estremi dell'autorizzazione all'esercizio dell'organizzatore o venditore che sottoscrive il contratto;
- c) prezzo del pacchetto turistico, modalità della sua revisione, diritti e tasse sui servizi di atterraggio, sbarco ed imbarco nei porti ed aeroporti e gli altri oneri posti a carico del viaggiatore;
- d) importo, comunque *non superiore al venticinque per cento* del prezzo, da versarsi all'atto della prenotazione, nonché il termine per il pagamento del saldo; il suddetto importo è versato a titolo di caparra ma gli effetti di cui all'articolo 1385 del codice civile non si producono qualora il recesso dipenda da fatto sopravvenuto non imputabile, ovvero sia giustificato dal grave inadempimento della controparte;
- e) estremi della copertura assicurativa e delle ulteriori polizze convenute con il viaggiatore;
- f) presupposti e modalità di intervento del fondo di garanzia di cui all'articolo 100;
- g) mezzi, caratteristiche e tipologie di trasporto, data, ora, luogo della partenza e del ritorno, tipo di posto assegnato;
- h) ove il pacchetto turistico includa la sistemazione in albergo, l'ubicazione, la categoria turistica, il livello, l'eventuale idoneità all'accoglienza di persone disabili, nonché le principali caratteristiche, la conformità alla regolamentazione dello Stato membro ospitante, i pasti forniti;
- i) itinerario, visite, escursioni o altri servizi inclusi nel pacchetto turistico, ivi compresa la presenza di accompagnatori e guide turistiche;
- l) termine entro cui il consumatore deve essere informato dell'annullamento del viaggio per la mancata adesione del numero minimo dei partecipanti eventualmente previsto;
- m) accordi specifici sulle modalità del viaggio espressamente convenuti tra l'organizzatore o il venditore e il consumatore al momento della prenotazione;
- n) eventuali spese poste a carico del consumatore per la cessione del contratto ad un terzo;
- o) termine entro il quale il consumatore deve presentare reclamo per l'inadempimento o l'inesatta esecuzione del contratto;
- p) termine entro il quale il consumatore deve comunicare la propria scelta in relazione alle modifiche delle condizioni contrattuali di cui all'articolo 91.

Ai sensi dell'art. 87, l'organizzatore deve fornire per iscritto tutte le informazioni che il cittadino UE deve sapere:

- passaporto, visto
- obblighi sanitari
- formalità per effettuazione del viaggio e del soggiorno
- orario, località soste o coincidenze
- generalità e tel. del rappresentante locale in assenza del quale, recapito del TO o venditore (agenzia dettagliante)

- se soggiorno minorenne all'estero, tel. di contatto o del responsabile locale da contattare in caso di necessità.

- informazioni riguardanti: assicurazione facoltativa, malattia, rimpatrio.

E' vietato al venditore di fornire informazioni ingannevoli sulle modalità del servizio offerto, sul prezzo e sugli altri elementi del contratto.

I disguidi subiti dal viaggiatore *per mancanza d'informazione* sono addebitabili all'organizzatore.

L'opuscolo informativo di cui all'art. 88, ove posto a disposizione del consumatore, deve indicare, in modo chiaro e preciso:

- a) la destinazione, il mezzo, il tipo, la categoria di trasporto utilizzato;
- b) la sistemazione in albergo o altro tipo di alloggio, l'ubicazione, la categoria o il livello e le caratteristiche principali, la sua approvazione e classificazione dello Stato ospitante;
- c) i pasti forniti;
- d) l'itinerario;
- e) le informazioni di carattere generale applicabili al cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea in materia di passaporto e visto con indicazione dei termini per il rilascio, nonché gli obblighi sanitari e le relative formalità da assolvere per l'effettuazione del viaggio e del soggiorno;
- f) l'importo o la percentuale di prezzo da versare come acconto e le scadenze per il versamento del saldo;
- g) l'indicazione del numero minimo di partecipanti eventualmente necessario per l'effettuazione del viaggio tutto compreso e del termine entro il quale il consumatore deve essere informato dell'annullamento del pacchetto turistico;
- h) i termini, le modalità, il soggetto nei cui riguardi si esercita il **diritto di recesso** ai sensi degli articoli da 64 a 67, nel caso di contratto negoziato fuori dei locali commerciali o a distanza.

2. Le informazioni contenute nell'opuscolo vincolano l'organizzatore e il venditore in relazione alle rispettive responsabilità, a meno che le modifiche delle condizioni ivi indicate non siano comunicate per iscritto al consumatore prima della stipulazione del contratto o vengano concordate dai contraenti, mediante uno specifico accordo scritto, successivamente alla stipulazione.

La cessione del contratto è prevista dall'art. 89.

Il consumatore che non può più partire, si può fare sostituire da un terzo purché:

- il *sostituto* "soddisfi tutte le condizioni per la fruizione del servizio"
- la richiesta di sostituzione venga inviata per iscritto all'organizzatore o al venditore "entro e non oltre 4 giorni lavorativi prima della partenza"
- si trovi "nell'impossibilità di usufruire del pacchetto turistico"

Il consumatore che non parte rimane solidamente obbligato assieme al sostituto, al pagamento del prezzo al tour operator o venditore.

L'art. 90 regola in modo preciso la possibilità di aumentare il prezzo dopo l'acquisto del pacchetto, fissando 4 punti da seguire:

- *solo se espressamente previsto* da una clausola del contratto
- aumento dovuto da uno dei motivi esplicitamente previsti dall'art.90, cioè una variazione:

- 1 - del costo del trasporto;
- 2 - del carburante,
- 3 - dei diritti e delle tasse per atterraggio, sbarco o imbarco nei porti e aeroporti;
- 4 - del tasso di cambio applicato;

Se l'aumento supera 10% rispetto al prezzo pattuito, il *consumatore* ha diritto di recedere dal contratto e di farsi restituire tutte le somme versate entro 48 ore.

L'aumento non può avvenire nei 20 giorni che precedono la partenza.

Il contratto può subire modifiche, ex art. 91, quando:

1. Prima della partenza, l'organizzatore o il venditore che abbia necessità di *modificare in modo significativo uno o più elementi del contratto*, ne dà immediato avviso in forma scritta al consumatore, indicando il tipo di modifica e la variazione del prezzo che ne consegue
2. Ove non accetti la proposta di modifica di cui al comma 1, il consumatore può recedere, senza pagamento di penale e ha diritto a quanto previsto nell'Art.92
3. Il consumatore comunica la propria scelta entro 2 giorni lavorativi dal momento in cui ha ricevuto l'avviso indicato al comma 2.
4. Dopo la partenza, quando una parte essenziale dei servizi previsti dal contratto non può essere effettuata, l'organizzatore trova adeguate *soluzioni alternative* per la prosecuzione del viaggio senza che questo possa comportare oneri aggiuntivi per il viaggiatore oppure il rimborso della differenza tra le prestazioni offerte e quelle previste, salvo il risarcimento del danno.
5. Se non è possibile alcuna soluzione alternativa o il consumatore rifiuta per giustificato motivo, l'organizzatore gli mette a disposizione un mezzo di trasporto equivalente per il ritorno o ad altro luogo convenuto, e gli restituisce la differenza tra il costo delle prestazioni previste e quello delle prestazioni effettuate fino al momento del rientro anticipato.

Il consumatore è tutelato dall'art. 92, nel caso di annullamento del viaggio a lui non imputabile

Se il viaggiatore non accetta le variazioni oppure quando è cancellato il pacchetto turistico, l'*operatore* può proporre:

- un altro pacchetto turistico dello stesso valore
- un pacchetto di valore inferiore restituendo la differenza di prezzo
- il rimborso del prezzo entro 7 giorni.

A questi diritti si aggiunge anche il diritto al risarcimento di ogni ulteriore danno dipendente dalla mancata esecuzione del contratto.

Invece *nessun risarcimento* danni è previsto se il viaggio è annullato per:

- non raggiungimento del numero dei partecipanti (se previsto da contratto)
- causa di forza maggiore.

E' escluso in ogni caso l'eccesso di prenotazione; in tale caso il risarcimento dei danni è ovvio, altrimenti il tour operator potrebbe impunemente riempire al 200% e decidere di annullare il viaggio per i viaggiatori in più nel caso venissero tutti.

### **Art. 93 Mancato o inesatto adempimento**

In caso di mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni assunte con la vendita del pacchetto turistico a loro imputabile, il consumatore viene risarcito del danno sofferto, a meno che l'organizzatore o il venditore provino che il mancato o inesatto adempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a loro non imputabile.

In ogni caso, il tour operator o il venditore che si avvalgano di altri prestatori di servizi devono risarcire il danno sofferto dal consumatore, salvo il diritto di rivalsa nei confronti degli altri prestatori.

E' questa la norma che regola la questione della responsabilità civile del tour operator o del venditore del pacchetto turistico, dalla quale si dipartono numerosi contenziosi .

L'interpretazione di questa norma è controversa poiché parte della dottrina propende per una responsabilità solidale tra organizzatore e venditore (peraltro, ciò discende dalla direttiva CE 90/314).

Altra parte della dottrina, invece, sostiene che la responsabilità sia ripartita, quindi il consumatore danneggiato dovrà citare in giudizio entrambi i soggetti se le responsabilità, in base alle competenze di ciascuno di loro, ricadano parte sull'uno e parte sull'altro (obbligazione del venditore è quella di procurare il pacchetto turistico ex art. 83 lett. b); quella dell'organizzatore è predisporre il pacchetto turistico, assemblando i vari elementi del viaggio ex art. 83 lett. a).

Il venditore poi è tenuto a fornire informazioni al consumatore sulla partenza e ogni eventuale circostanza sopravvenuta che possa determinare la modifica o la revoca del mandato da parte del cliente. Egli è anche responsabile per culpa in eligendo, nel caso non abbia adoperato ogni diligenza nella scelta dell'organizzatore; nonché quando egli agisce da "organizzatore apparente" cioè quando non è chiara la distinzione tra lui e l'effettivo organizzatore.

L'organizzatore, poiché la sua è una "prestazione di risultato", risponde anche del fatto del terzo prestatore di servizio ai quali si fosse rivolto, non potendo nemmeno escludere contrattualmente la sua responsabilità, in base alle norme del codice del consumo, come invece è previsto dalle norme del codice civile.

L'art. 96, peraltro, esonera l'operatore dalla responsabilità per l'inadempimento di una o più cause contrattuali solo nelle ipotesi di caso fortuito o forza maggiore o **in caso di fatto imputabile al turista o al terzo a carattere imprevedibile o inevitabile.**

Una particolare figura di danno emerge dalla normativa che si sta esaminando: il c.d. danno da vacanza rovinata.

È difficile quantificare questo danno subito dal consumatore al fine di poterlo risarcire adeguatamente; è, inoltre, discutibile se tale danno sia da considerare contrattuale o extracontrattuale e se attribuire allo stesso natura patrimoniale o non patrimoniale.

La tesi patrimonialista è semplicistica: la somma risarcibile al consumatore si traduce in quella equivalente al prezzo dei servizi non goduti; tuttavia questa tesi comporta un risarcimento molto limitato, visto che la vacanza assume di solito un valore soggettivo ed individuale.

La tesi non patrimonialista risulta di difficile applicazione, considerato che l'art. 2059 c.c. impone che il danno non patrimoniale può essere configurabile solo nei casi determinati dalla legge.

È poi intervenuta la tesi del danno da vacanza rovinata come danno biologico derivante dalla diminuita possibilità di godimento del riposo feriale; tuttavia il danno biologico riguarda una lesione permanente delle condizioni psico-fisiche della persona, quindi al limite potrebbe essere configurabile in caso di vacanza con finalità terapeutiche.

La Corte costituzionale e la Cassazione hanno inquadrato il danno in questione tra i danni non patrimoniali da pregiudizio esistenziale.

Alla fine degli anni 90, la giurisprudenza ha adottato le soluzioni più varie:

- 1) Il danno da vacanza rovinata, a prescindere dalla sua natura patrimoniale o non patrimoniale, è danno risarcibile;
- 2) Il minore godimento della vacanza e i disagi sopportati dal turista a causa dell'inadempimento del tour operator si estrinsecano in danno non patrimoniale avente la propria fonte nell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 23 aprile 1970.
- 3) Il danno arrecato al turista dall'organizzatore di viaggi per effetto dell'inadempimento delle prestazioni previste dal contratto e sulla base dei materiali promozionali costituisce ipotesi di danno non patrimoniale risarcibile a prescindere dalla configurabilità di un illecito penale.
- 4) Il danno da vacanza rovinata è un danno non patrimoniale assimilabile al danno biologico e va inteso come pregiudizio subito dalla salute dell'individuo, avuto riguardo alla proiezione negativa nel suo futuro esistenziale delle conseguenze dell'evento dannoso.
- 5) Il danno da vacanza rovinata è risarcibile come autonoma voce di danno.

Successivamente, la Corte di giustizia CE, con la sentenza del 12 marzo 2002 nella causa C-168/00, ha statuito che l'art. 5 della direttiva n. 90/314/CEE del Consiglio del 13 giugno 1990, concernente i pacchetti turistici deve essere interpretato nel senso che al consumatore spetta il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione del viaggio.

Da allora in poi la giurisprudenza è stata pressoché allineata alla suddetta interpretazione.

#### **Art.94** Responsabilità per danni alla persona

Il danno derivante alla persona dall'inadempimento o dalla inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del PT è risarcibile nei limiti stabiliti delle convenzioni internazionali che disciplinano la materia:

- Convenzione di Varsavia del 1929 per il trasporto aereo internazionale
- Convenzione di Berna del 1961 per il trasporto ferroviario
- Convenzione di Bruxelles del 1970 per ogni presunta violazione del TO o agente di viaggio.

Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in 3 anni dalla data del rientro del viaggiatore nel luogo di partenza, salvo il termine di 18 o 12 mesi per quanto attiene all'inadempimento di prestazioni di trasporto comprese nel PT per le quali si applica l'art. 2951 del codice civile.

#### **Art.95** Responsabilità per danni diversi da quelli alla persona

I contraenti (TO o agenzia e viaggiatore) possono stipulare nel contratto dei limiti al risarcimento per danni diversi da quelli alla persona ma in nessun caso inferiori a quanto previsto dalla Convenzione di Bruxelles sul Contratto di viaggio CCV nel 1970.

Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in un anno dal rientro del viaggiatore nel luogo della partenza.

**Art.96** Esonero di responsabilità

L'organizzatore o il venditore apprestano con sollecitudine ogni rimedio utile al soccorso del consumatore al fine di consentirgli la prosecuzione del viaggio, salvo in ogni caso il diritto al risarcimento del danno nel caso in cui l'inesatto adempimento del contratto sia a questo ultimo (il consumatore) imputabile, in quale caso non si applicano gli Art.94 e 95.

**Art.97** Diritto di surrogazione

1. L'organizzatore o il venditore che hanno risarcito il consumatore sono surrogati in tutti i diritti e azioni di quest'ultimo verso i terzi responsabili.

2. Il consumatore fornisce all'organizzatore o al venditore tutti i documenti, le informazioni e gli elementi in suo possesso utili per l'esercizio del diritto di surroga.

**Art.98** Reclamo

1. Ogni mancanza nell'esecuzione del contratto deve essere contestata dal consumatore senza ritardo affinché l'organizzatore, il suo rappresentante locale o l'accompagnatore vi pongano tempestivamente rimedio.

2. Il consumatore può altresì sporgere reclamo mediante l'invio di una raccomandata, con avviso di ricevimento, all'organizzatore o al venditore, entro e non oltre dieci giorni lavorativi dalla data del rientro nel luogo di partenza.

**Art.98** Protesta entro 10 giorni

Dalla data di rientro presso la località di partenza a mezzo di lettera raccomandata

**Art.100** Fondo di garanzia

Fallimento operatore o per evento atmosferico di carattere eccezionale:

→ Fondo nazionale di garanzia per rimpatrio del viaggiatore

**A chi acquista pacchetti turistici "online"**, saranno applicabili anche le norme su contratti conclusi a distanza (Articoli da 50 a 61 Codice del Consumo).

Il termine è di 10 giorni lavorativi dal momento della conclusione del contratto, e il diritto di recesso va esercitato con lettera raccomandata a.r. sottoscritta dalla stessa persona che ha concluso il contratto e inviata all'indirizzo del venditore (o del diverso soggetto eventualmente indicato nella nota d'ordine). Il termine diventa di 90 giorni (sempre decorrenti dalla conclusione del contratto) nel caso in cui il venditore non abbia soddisfatto gli obblighi di informazione relativi al diritto di recesso e nel caso in cui l'informazione sia stata incompleta o errata.

Il *consumatore* che riceve il pacchetto turistico in regalo, ha tutti i diritti di cui alle norme esaminate, anche se al momento dell'acquisto si tratta di persona ancora da nominare.

## QUINTO CAPITOLO

### RESPONSABILITA' PER DANNO DA PRODOTTI DIFETTOSI (ARTT. 114-127)

I prodotti difettosi possono provocare danni, nei casi più gravi anche lesioni personali a chi se ne serve. Chi risponde di tali danni e che cosa deve fare il consumatore per affermare i propri diritti, sono aspetti disciplinati dalle norme sulla responsabilità del produttore.

Secondo tali norme, contenute nel titolo II della Parte IV del Codice del Consumo, una ditta è tenuta a risarcire al consumatore i danni provocati dal suo prodotto (difettoso). Ciò vale anche se il produttore non ha colpe dirette, vale a dire quando in fase di produzione non ha agito né in maniera dolosa né colposa.

La responsabilità del produttore è, in realtà, una "responsabilità oggettiva".

Il solo fatto di creare una situazione di pericolo – come per esempio la commercializzazione di un prodotto difettoso – è già sufficiente per far ricadere sul produttore la responsabilità per gli eventuali danni che ne derivano.

Differenze tra garanzia di consumo e responsabilità del produttore

Facciamo un esempio: Tizio acquista un tubetto di maionese in un supermercato. Benché il prodotto non abbia ancora superato la data di scadenza indicata, egli contrae la salmonellosi perché la maionese era contaminata. La garanzia riconosce al consumatore il diritto di ricevere un nuovo tubetto di maionese. Ma chi paga le cure mediche e il mancato guadagno di Tizio? Questo aspetto è regolamentato dalla legge sulla responsabilità del produttore.

Prodotti difettosi

La normativa in questione non riguarda solo le merci difettose, ma comprende tutti i beni mobili, dallo stuzzicadenti all'aeroplano. Inoltre si applica ai prodotti agricoli, come le uova o gli ortaggi, nonché all'elettricità. Secondo molti giuristi, lo stesso software, ossia i programmi applicativi per il computer, costituisce un "prodotto" ai sensi della legge sulla responsabilità del produttore, mentre sono escluse le costruzioni, in quanto beni immobili.

L'onere della prova spetta al danneggiato, ovvero al consumatore. Questi deve provare il nesso di causalità tra prodotto difettoso e danno subito; inoltre deve dimostrare al giudice di avere utilizzato il prodotto in modo corretto: “1. Il danneggiato deve provare il difetto, il danno, e la connessione causale tra difetto e danno.

2. Il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità secondo le disposizioni dell'articolo 118. Ai fini dell'esclusione da responsabilità prevista nell'articolo 118, comma 1, lettera b), è sufficiente dimostrare che, tenuto conto delle circostanze, è probabile che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione.

3. Se è verosimile che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto, il giudice può ordinare che le spese della consulenza tecnica siano anticipate dal produttore”.

Spesso è difficile stabilire chi sia esattamente il produttore di un determinato bene. I moderni processi produttivi coinvolgono in genere un certo numero di ditte, che forniscono singole componenti o materie prime al fabbricante principale. Poiché le norme che stiamo esaminando

concernono solamente i diritti del consumatore in capo al produttore, essa definisce anche chi sia quest'ultimo. Il produttore è il fabbricante di un prodotto finito, ma anche di una componente/materia prima destinata a ulteriori processi produttivi. Ai fini della nostra normativa è responsabile pertanto anche il fornitore di componenti difettose.

L'obbligo di risarcimento delle cose danneggiate, tuttavia, scatta solo qualora il danno materiale superi i 387,34 Euro.

#### Prescrizione e decadenza

Il diritto al risarcimento si prescrive in tre anni dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del responsabile.

Il diritto al risarcimento si estingue per decadenza dopo dieci anni dalla messa in circolazione del prodotto che ha cagionato il danno.

#### Esclusione della responsabilità

Esistono anche casi in cui la responsabilità è esclusa, nonostante ci si trovi chiaramente di fronte a un prodotto difettoso, p.es. quando:

- il prodotto non è stato messo in commercio dal produttore, ma rubato e rivenduto;
- il difetto è insorto solo dopo l'immissione sul mercato da parte del produttore, p.es. a seguito di una riparazione. In questo caso il consumatore deve rivolgersi all'officina o laboratorio che ha effettuato la riparazione;
- il prodotto è stato fabbricato solo per l'autoconsumo e non è destinato alla vendita;
- il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a una norma di legge vincolante.

## SESTO CAPITOLO

### LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DELLE ASSOCIAZIONI DEI CONSUMATORI E DEGLI UTENTI (ARTT. 37, 139-140)

La prima norma nella quale si fa riferimento alla legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori, dei professionisti e delle camere di commercio che si incontra nel Codice è contenuta nell'art. 37.

In seguito la legittimazione ad agire delle sole associazioni dei consumatori è disciplinata dall'art. 139, o meglio dal combinato disposto degli artt. 137, 139 e 140.

L'art. 37 rubricato "azione inibitoria" in materia di clausole vessatorie, stabilisce che: "le associazioni dei consumatori, di cui all'art. 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente capo.

L'inibitoria può essere concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli artt. 669 bis e seguenti del codice di procedura civile. Il giudice può ordinare che il provvedimento sia pubblicato su uno o più giornali, di cui almeno uno a diffusione nazionale.

L'ultimo comma prevede che "per quanto non previsto dal presente articolo, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui al comma 1 si applicano le disposizioni dell'art. 140".

La norma in esame distingue quindi, al fine di individuare la loro legittimazione ad agire in giudizio, le associazioni dei consumatori dalle associazioni dei professionisti e dalle camere di commercio: per le prime, infatti, fa riferimento all'art. 137, mentre per le seconde, si riferisce genericamente al criterio della rappresentatività.

L'art. 137 individua l'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale e come tali legittimate ad agire ai sensi dell'art. 139 del Codice del Consumo e con le modalità di cui all'art. 140 del medesimo.

Pertanto, nell'art. 37 si produce una netta differenziazione: mentre le associazioni dei consumatori legittimate ad agire in materia di clausole vessatorie sono solo quelle inserite nell'elenco tenuto presso il Ministero dello Sviluppo Economico, le associazioni dei professionisti e le camere di commercio legittimate ad agire sono tutte quelle che il giudice in corso di causa considererà, secondo il suo discrezionale apprezzamento, rappresentative ai fini dell'azione promossa.

L'ultimo comma dell'art. 37 stabilisce che all'azione delle associazioni dei consumatori si applicano le disposizioni dell'art. 140 per quanto non previsto dall'art. 37 medesimo; poiché l'art. 140 ha portata più ampia dell'art. 37, appare evidente che l'azione delle associazioni dei consumatori in materia di clausole vessatorie si svolgerà a norma dell'art. 140 e non a norma dell'art. 37.

Tant'è vero che esplicitamente il comma 10 dell'art. 140 stabilisce che “ per le associazioni di cui all'art. 139 l'azione inibitoria prevista dall'art. 37 in materia di clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori, si esercita ai sensi del presente articolo.”

In sostanza, quindi, sebbene l'art. 37 faccia riferimento sia alle azioni promosse dalle associazioni dei consumatori sia a quelle promosse dalle associazioni dei professionisti e dalle camere di commercio esso si applica soltanto alle azioni promosse da questi secondi soggetti, posto che i primi ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 140.

Con la conseguenza sul piano applicativo che le azioni così promosse da tali soggetti saranno diverse sia per l'ambito soggettivo sia per quello oggettivo.

Le associazioni dei professionisti e le camere di commercio saranno legittimate ad agire solo in materia di clausole vessatorie e solo in quanto ritenute sufficientemente rappresentative sul piano nazionale dal giudice con suo discrezionale apprezzamento ed inoltre saranno legittimate a richiedere al giudice solo i provvedimenti di cui all'art. 37, cioè, azione inibitoria in via ordinaria o in via d'urgenza e la pubblicazione del provvedimento.

Le associazioni dei consumatori, invece, saranno legittimate ad agire a tutela dei diritti e degli interessi collettivi, solo in quanto iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 e secondo le modalità di cui all'art. 140 il quale, a differenza dell'art. 37, oltre all'azione inibitoria ed accanto alla pubblicazione del provvedimento prevede l'adozione di misure correttive idonee ad eliminare e correggere gli effetti dannosi delle violazioni accertate e disciplina inoltre una peculiare procedura di conciliazione stragiudiziale della controversia.

Il Codice del Consumo persegue lo scopo di dirimere i dubbi inerenti l'applicazione delle norme precedenti.

Esso, quindi, distingue l'azione inibitoria in materia di clausole abusive dall'inibitoria concessa in ipotesi di atti e comportamenti lesivi dei diritti dei consumatori, e distingue ancora l'azione delle associazioni dei professionisti e delle camere di commercio da quella delle associazioni dei consumatori.

Le prime, insomma, sono legittimate ad agire nella sola materia delle clausole vessatorie e solo in quanto ritenute rappresentative dal giudice e con le modalità di cui all'art. 37; le seconde sono legittimate ad agire in qualsiasi ipotesi di violazione dei diritti di cui all'art. 2 del Codice del Consumo e solo in quanto inserite nell'elenco di cui all'art. 137 e con le modalità di cui all'art. 140. Pertanto, vi è certezza circa la legittimazione delle associazioni dei consumatori, mentre per quelle dei professionisti resta valido il criterio del discrezionale apprezzamento del giudice. Certo, però, che le azioni promosse da quest'ultime saranno di sicuro numericamente inferiori a quelle promosse dalle associazioni dei consumatori. Ma così, forse, si rischia di realizzare una inspiegabile disparità di trattamento, tanto più grave ove si consideri che i criteri per il riconoscimento della legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori sono rigidi rispetto ad un criterio aperto sancito per quelle dei professionisti.

A ben vedere però, il co. 1 lett. d della Legge delega si riferiva al coordinamento dell'intervento delle sole associazioni dei consumatori; coordinamento che pertanto, seppur con le perplessità sopra

avanzate, può dirsi in certo modo raggiunto. Senza accennare ulteriormente alla difficoltà di conciliare la circostanza per la quale l'iscrizione nell'elenco è subordinata al possesso di requisiti tanto esigenti con il disposto dell'art. 2 co. 2 lett. f che riconosce, piuttosto, come fondamentale il diritto all'associazionismo libero e volontario.

Art. 139.

Legittimazione ad agire

1. Le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'art. 137 sono legittimate ad agire, ai sensi dell'art. 140, a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti. Oltre a quanto disposto dall'art. 2, le dette associazioni sono legittimate ad agire nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal presente codice, nonché dalle seguenti disposizioni legislative:

- a) legge 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni, ivi comprese quelle di cui al testo unico della radiotelevisione, di cui al decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e legge 30 aprile 1998, n. 122, concernenti l'esercizio delle attività televisive;
- b) decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 541, come modificato dal decreto legislativo 18 febbraio 1997, n. 44, e legge 14 ottobre 1999, n. 362, concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano.

2. Gli organismi pubblici indipendenti nazionali e le organizzazioni riconosciuti in altro Stato dell'Unione europea ed inseriti nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, possono agire, ai sensi del presente articolo e secondo le modalità di cui all'art. 140, nei confronti di atti o comportamenti lesivi per i consumatori del proprio Paese, posti in essere in tutto o in parte sul territorio dello Stato.

(1) Articolo così modificato dal decreto legislativo 23 ottobre 2007, n. 221.

Art. 140. (<sup>1</sup>)Procedura

1. I soggetti di cui all'articolo 139 sono legittimati nei casi ivi previsti ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale:

- a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti;
- b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate;
- c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

2. Le associazioni di cui al comma 1, nonché i soggetti di cui all'articolo 139, comma 2, possono attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio, a norma dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580, nonché agli altri organismi di composizione extragiudiziale per la composizione delle controversie in materia di consumo a norma dell'articolo 141. La procedura è, in ogni caso, definita entro sessanta giorni.

3. Il processo verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal rappresentante dell'organismo di composizione extragiudiziale adito, e' depositato per l'omologazione nella cancelleria del tribunale del luogo nel quale si e' svolto il procedimento di conciliazione.
4. Il tribunale, in composizione monocratica, accertata la regolarità formale del processo verbale, lo dichiara esecutivo con decreto. Il verbale di conciliazione omologato costituisce titolo esecutivo.
5. In ogni caso l'azione di cui al comma 1 può essere proposta solo dopo che siano decorsi quindici giorni dalla data in cui le associazioni abbiano richiesto al soggetto da esse ritenuto responsabile, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti.
6. Il soggetto al quale viene chiesta la cessazione del comportamento lesivo ai sensi del comma 5, o che sia stato chiamato in giudizio ai sensi del comma 1, può attivare la procedura di conciliazione di cui al comma 2 senza alcun pregiudizio per l'azione giudiziale da avviarsi o già avviata. La favorevole conclusione, anche nella fase esecutiva, del procedimento di conciliazione viene valutata ai fini della cessazione della materia del contendere.
7. Con il provvedimento che definisce il giudizio di cui al comma 1 il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto. In caso di inadempimento degli obblighi risultanti dal verbale di conciliazione di cui al comma 3 le parti possono adire il tribunale con procedimento in camera di consiglio affinché, accertato l'inadempimento, disponga il pagamento delle dette somme di denaro. Tali somme di denaro sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze al fondo da istituire nell'ambito di apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero delle attività produttive, per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori.
8. Nei casi in cui ricorrano giusti motivi di urgenza, l'azione inibitoria si svolge a norma degli articoli da 669-bis a 669-quaterdecies del codice di procedura civile.
9. Fatte salve le norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti, le disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni.
10. Per le associazioni di cui all'articolo 139 l'azione inibitoria prevista dall'articolo 37 in materia di clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori, si esercita ai sensi del presente articolo.
11. Resta ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 31 marzo 1988, n. 80.
12. Restano salve le procedure conciliative di competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di cui all'articolo 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249.

## SETTIMO CAPITOLO

### CLASS ACTION ITALIANA (ART. 140 BIS)

«Art. 140-bis. - (Azione di classe).

1. I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

2. L'azione tutela:

- a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;
- b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;
- c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

3. I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore. L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15. L'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b). Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione.

4. La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale.

5. La domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità.

6. All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

7. L'ordinanza che decide sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al Tribunale.

8. Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente.

9. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda. Con la stessa ordinanza il Tribunale:

a) definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione;

b) fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria. Copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet.

10. È escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile.

11. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

12. Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. In caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate. La sentenza diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza.

13. La corte d'appello, richiesta dei provvedimenti di cui all'articolo 283 del codice di procedura civile, tiene altresì conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, nonché delle connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame. La corte può comunque disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma

complessivamente dovuta dal debitore sia depositata e resti vincolata nelle forme ritenute più opportune.

14. La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva. Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.

15. Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo».

L' art.49 della L. 23 luglio 2009, n. 99 ha ridisegnato il profilo dell' azione collettiva risarcitoria, disciplinata dall'art. 140 bis del Codice del consumo.

Riferita alle persone, l'espressione "classe" è inusuale nel nostro lessico giuridico, e pertanto il suo significato deve essere costruito sulla base dello stesso contenuto della disposizione.

Nell'ambito del codice del consumo altri strumenti processuali, come le azioni previste dagli artt. 139 e 140, sono rivolti alla tutela di "interessi collettivi dei consumatori", e sono affidati non a rappresentanti di una classe bensì alle associazioni rappresentative dei consumatori inserite nell'elenco previsto dall'art. 137.

Nell' ordinamento si contano diverse ipotesi di azioni a difesa di interessi di categoria – oltre alle azioni individuali promosse nell'ambito dello stesso giudizio da una pluralità di soggetti – ma nessuna disposizione che le riguarda può essere invocata per interpretare l'art. 140 bis, il quale è un unicum nel nostro universo processuale.

Non si possono neppure assumere a modello o come indirizzo interpretativo le regole comunitarie, posto che una disciplina uniforme dell' azione collettiva non è ancora giunta a maturazione in ambito europeo, e neppure modelli stranieri, posto che ciascuno di essi ha una propria fisionomia.

L' uso della formula "class action", con cui per semplicità ci si riferisce anche allo strumento processuale italiano, è frutto di una semplice assonanza con la class action americana, non si può spingere più in là di una mera convenzione linguistica.

Peraltro nelle esperienze europee questo strumento processuale è definito in vario modo, facendo riferimento, in particolare, ad un "gruppo" di soggetti.

I soggetti che sono legittimati a proporre l'azione sono qualificati come *consumatori e utenti*.

L'art. 140 bis del cod. cons. non definisce questo modo di identificare il soggetto, ma, essendo la disposizione contenuta in un codice di settore, si può fare riferimento al contesto normativo in cui essa è collocata: ed è appunto l'art. 3 c. 1 lett. A) che definisce come consumatore "o" utente <la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta>. L'azione di classe non può quindi essere promossa da persone

giuridiche, o da enti non provvisti di personalità giuridica, ad eccezione delle associazioni a cui la persona fisica così qualificata abbia dato mandato ovvero dei comitati a cui la persona fisica partecipi (c. 1).

Non è consentito neppure estendere il significato di consumatore o utente a soggetti che svolgano una delle attività sopra richiamate che valgono ad escludere lo status richiesto.

Non sono legittimati gli avvocati, i quali peraltro possono difendere anche individualmente il consumatore o utente che voglia promuovere l'azione di classe, o assistere il consumatore che intenda aderire ad essa (in questo caso, tuttavia, il c. 3 precisa che l'adesione può essere effettuata <senza ministero di difensore>).

L'azione di classe può essere promossa anche da un solo consumatore o utente, ma deve riguardare una pluralità di soggetti: non è richiesto né un numero adeguato, né un "rappresentante" di categoria.

Il requisito della *pluralità* di soggetti compare varie volte nel testo: ad es., al c. 2, ove si parla di una <pluralità di consumatori e utenti> (lett. a)), oppure di <consumatori finali> (lett. b)), oppure al plurale di <consumatori e utenti> (lett. c)), così come al c. 3.

Pur potendo promuovere la tutela dei propri diritti (individuali) mediante l'azione di classe il proponente deve però "apparire" <in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe> (c. 6).

La "classe" dunque da un lato risulta composta da più soggetti che fanno valere diritti individuali, dall'altro diventa identificativa dei soggetti legittimati a coltivare l'azione, perché il vaglio della ammissibilità della domanda è effettuato dal tribunale nella fase preliminare con riguardo non tanto alla sommatoria degli interessi individuali quanto piuttosto all'interesse della categoria.

I caratteri della classe emergono poi da altri indici normativi, dati:

dall'ambito dei settori in cui l'azione può essere promossa, che, secondo il c. 2, riguardano i diritti contrattuali, i danni da prodotti, i danni derivanti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali;

dalla titolarità di diritti e dalla fondatezza della domanda (c. 6);

dalla insussistenza di conflitti d'interesse dei promotori (il cui interesse opportunamente identificato e qualificato deve quindi riverberarsi sull'intera classe) (c. 6);

dalla "omogeneità" dei diritti individuali fatti valere, omogeneità che riceve, a seconda dei settori sopra considerati, diverse connotazioni (c. 1);

dai caratteri dei diritti individuali come definiti dal tribunale con l'ordinanza di ammissibilità e dai criteri di inclusione o di esclusione degli aderenti all'azione nella classe di riferimento (c. 9).

Oltre che appartenere a più persone, i diritti debbono essere *omogenei* oppure *identici*.

L'omogeneità dei diritti fatti valere è specificata:

per i diritti contrattuali, dalla *identità* di situazione in cui versano i consumatori e gli utenti nei confronti di una stessa *impresa* (e non quindi in generale di un *professionista*, come definito dall'art. 3, c. 1, lett. c) del cod.cons.)

per i danneggiati dai prodotti, dall'essere <consumatori finali> titolari di *diritti identici*

per i danneggiati da pratiche scorrette e da comportamenti anticoncorrenziali, dall'essere gli stessi consumatori e utenti titolari di *diritti identici*.

Allo stato, possono avanzarsi – tra gli altri – molti dubbi circa l'individuazione delle domande che si possono introdurre con l'azione di classe, perché, se si dovesse accedere alla tesi per la quale l'espressione <accertamento della responsabilità e condanna> impiegata nel c. 1 allude ad una duplicità di azioni, si dovrebbe ammettere la proponibilità di un'azione di accertamento indipendentemente dall'azione di condanna. Ma se le parole usate dal legislatore dovessero essere intese in senso letterale, si potrebbe argomentare in senso contrario, cioè nel senso della inscindibilità delle azioni in forza del disposto del c. 12, secondo il quale <se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna.>.

Rifacendosi sempre alla lettera della norma, l'interprete nota che il c. 12 menziona le <somme definitive>, il che lascerebbe propendere per una possibile differenza tra le somme liquidate a ciascun proponente o aderente; e così quando il comma si riferisce al <criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme>.

Ulteriori dubbi in ordine alla qualificazione della classe e dell'individuazione dei criteri utili per qualificare i diritti tutelabili non sono ancora stati sciolti dalla dottrina né tantomeno dalla giurisprudenza non ancora formatasi.

Se si interpreta la lettera restrittivamente, il nuovo strumento processuale può essere utilizzato solo per la tutela dei diritti elencati nelle lett. a), b), c) del c. 2 dell'art. 140 bis, ma non per la tutela di *tutti* i diritti <riconosciuti come fondamentali> dall'art. 2 del cod. cons., e ciò nonostante che i diritti espressamente elencati come oggetto di tutela offerta dall'azione di classe siano riconducibili ai diritti fondamentali, senza esaurirli interamente.

Così accade per i “diritti contrattuali”: per l'appunto i c.d. diritti contrattuali sono contemplati anche all'art. 2, c. 2, lett. e), ove si sancisce il diritto dei consumatori alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali.

Così accade per il danno da prodotto: il danno da prodotto è implicitamente considerato dalle lett. a) e b) dell'art. 2, c. 2, ove si sancisce il diritto dei consumatori alla tutela della salute e alla sicurezza della qualità dei prodotti e dei servizi; il danno da pratiche commerciali scorrette può essere ricondotto alla lett. c-bis) della medesima disposizione ove si sancisce il diritto dei consumatori all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; il danno da comportamenti anticoncorrenziali non è ricompreso nell'elenco dei diritti fondamentali del cod. cons., ma la Risoluzione comunitaria sulla tutela del consumatore risalente al 1975 includeva tra i diritti dei consumatori anche, genericamente, la tutela degli interessi economici, tutela ribadita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a cui ben possono afferire i diritti derivanti dalla violazione di regole di concorrenza aventi effetti pregiudizievoli per i consumatori.

Se si esaminano poi altre disposizioni contenute nel codice del consumo, a questi diritti si debbono aggiungere i diritti degli utenti pregiudicati dall'esercizio di attività televisive e i diritti degli utenti derivanti dalla diffusione di messaggi pubblicitari di medicinali per uso umano (art. 139,

concernente la legittimazione ad agire delle associazioni iscritte nell'elenco ministeriale per promuovere l'azione inibitoria in materia).

Il nuovo testo dell'art. 140 bis rimuove i dubbi sulla tutela degli interessi collettivi dei consumatori, perché in tante occasioni sottolinea come l'azione di classe così come congegnata sia rivolta a proteggere solo diritti individuali.

La dimensione "collettiva" però non è stata definitivamente soppressa: la promozione dell'azione di classe deve rispondere alla "apparenza" di tutela di un interesse della classe. Non si deve poi passare sotto silenzio il fatto che l'art. 2 con cui si apre il codice del consumo si premura di enunciare il riconoscimento e la garanzia dei <diritti e degli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti > promuovendone la protezione <anche in forma collettiva e associativa>.

La tutela degli interessi collettivi sembra dunque circoscritta alla tutela inibitoria (artt. 139-140 cod. cons.).

L'azione di classe è uno strumento che riguarda dunque alcuni diritti – non tutti i diritti – dei consumatori.

Sono dunque esclusi dall'ambito di proponibilità dell'azione di classe i *diritti fondamentali della persona* – intesi come diritti inviolabili costituzionalmente garantiti, i diritti riconosciuti nella Carta dell'Unione europea e i diritti dell'uomo protetti dalla Convenzione di Roma.

E' escluso dall'ambito di applicazione dello strumento processuale anche il diritto all'ambiente, inteso sia come diritto alla salute lesa da inquinamento o deterioramento dell'ambiente, sia come interesse collettivo alla conservazione dei beni ambientali.

I diritti dei risparmiatori – ormai per giurisprudenza consolidata - accomunati ai diritti dei consumatori, ma protetti in due testi unici, il t.u. bancario e il t.u. sulla intermediazione finanziaria, estranei al codice del consumo, salva la disciplina dei contratti a distanza di servizi finanziari, in quanto tali non si potrebbero proteggere con l'azione di classe, neppure se connessi ad un rapporto di credito al consumo.

Rimangono poi estranei alla operatività dell'azione di classe – ma non all'azione inibitoria di cui agli artt. 139 e 140 del cod. cons. – gli interessi collettivi e gli interessi diffusi.

Il c. 2 identifica uno dei settori capitali del mercato del consumo – i vincoli negoziali istituiti tra consumatori e imprese – alludendo alla tutela dei diritti che i consumatori possono proteggere anche facendo ricorso alla azione di classe.

Questi diritti sono denominati "contrattuali": di solito ci si riferisce al diritto contrattuale come ad una branca del diritto civile o ad una sezione dell'ordinamento privatistico; qui la nozione è soggettivata, e pertanto si dovrebbe intendere nel senso di diritti che derivano da fonte contrattuale, cioè da un vincolo contrattuale istituito dal consumatore (o utente) con il professionista, qui connotato come "imprenditore".

I diritti che derivano da fonte contrattuale sono i più vari, considerata l'ampiezza dell'autonomia contrattuale.

Nell'ambito del "rapporto di consumo", secondo il quale si articola la normativa contenuta nell'apposito codice di settore, si disciplinano i contratti del consumatore in generale, cioè le clausole vessatorie (art. 33 ss.), la promozione delle vendite (art. 39 ss.) il credito al consumo (anche se solo accennato per un rinvio), la conclusione di contratti fuori dei locali commerciali, la conclusione di contratti a distanza – inclusi i servizi finanziari ai consumatori - la multiproprietà, i servizi turistici, le clausole di esonero dalla responsabilità del produttore (art. 1124) e le garanzie nella vendita (art. 128 ss.).

I diritti riconosciuti dal codice del consumo sono irrinunciabili, essendo nulla ogni disposizione in contrasto con il codice (art. 143).

Il c. 2 non fa menzione, a proposito dei "diritti contrattuali", della disciplina contenuta nel codice del consumo, ma è chiaro che la fonte contrattuale primaria è costituita dai contratti del consumatore e quindi dalle regole legislative e convenzionali che si applicano ad essi.

L'inciso <includi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile> è pertanto additivo. La conoscibilità delle condizioni generali di contratto (art. 1341, c. 1), la inefficacia delle clausole vessatorie elencate nel c. 2 della medesima disposizione, la prevalenza delle clausole aggiunte su quelle predisposte in moduli o formulari (art. 1342) ampliano, in quanto possibile, l'ambito di tutela assicurato dalle disposizioni contenute nel codice del consumo.

Il codice del consumo, sempre con riguardo ai contratti del consumatore – e quindi, ai diritti contrattuali che ne discendono – contiene una norma di rinvio, l'art. 38, per la quale <ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile>.

Il danno da prodotto non colpisce solo il consumatore finale, ma ogni vittima che sia venuta a contatto con il prodotto, come l'ospite, il componente della famiglia che non ha comprato il prodotto; il "consumo" del prodotto non è necessario per potersi avvalere della disciplina.

Gli intenti della direttiva comunitaria, della disciplina attuativa, e delle regole del codice del consumo che l'hanno recepita, agli artt. 114 ss. cod. cons., sono indubbi a questo proposito. Il testo del c. 2, lett. b) che fa riferimento ai <diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale> dovrebbe essere dunque inteso nel senso che l'inserimento di queste disposizioni nel codice di settore non implica una riduzione della categoria dei soggetti tutelati.

Tutte le vittime di un prodotto difettoso possono invocare questa disciplina, se hanno subito un danno dal prodotto. Certo la disciplina qui prevista deve essere poi integrata da quella recata dagli artt. 114 ss. cod. cons..

I soggetti sono tutelati <anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale> con il < relativo produttore >. L'azione ha natura extracontrattuale, se si tratta di consumo o contatto con il prodotto; il consumatore o danneggiato possono avvalersene anche se non hanno istituito un rapporto contrattuale con il produttore. Sorgono però due questioni.

La prima è se l'azione sia proponibile dall'acquirente, che sia consumatore solo per status ma non abbia direttamente consumato il prodotto e quindi non sia stato colpito nella sua integrità fisica, ma

abbia però istituito un rapporto contrattuale diretto con il produttore . L'<anche> inserito nel testo sopra riportato porterebbe ad ammetterlo.

La seconda è se legittimato passivo sia solo il produttore, visto che il c. 2 della lett. b) si riferisce al “produttore” senza definirlo. Il cod. cons. ne dà una definizione ampia, che comprende anche altre categorie di professionisti.

La formula dell'art. 3, c. 1, lett. d) cod. cons. riprende le regole previste dall'art. 116 cod. cons. sulla responsabilità del fornitore e dell'importatore.

Il rinvio alle regole sulla responsabilità del produttore contenute nel codice del consumo non si rinviene nel testo dell'art. 140 bis; quindi, o si ritiene che si tratti di una disciplina che essere integrata dalle disposizioni della materia, anche se non esplicitamente richiamate, oppure si tratta di una disciplina che, introducendo un nuovo strumento processuale, può esorbitare dall'ambito del codice del consumo.

Se così fosse, non si applicherebbero le limitazioni riguardanti la tipologia dei danni risarcibili, la decadenza e la prescrizione, e così via, ma se l'azione fosse fondata sull'art. 2043 c.c. sarebbe dubbia la possibilità di imputare al produttore una responsabilità oggettiva.

Sul punto la dottrina non è univoca, perché già in epoca passata si era convenuto da molti che si fosse in presenza di responsabilità oggettiva.

Anche i diritti derivanti dal contratto di vendita di beni di consumo hanno natura contrattuale: pertanto i consumatore-acquirenti possono farli valere, alle condizioni previste ,anche mediante azione di classe, come diritti contrattuali derivanti da contratti conclusi mediante moduli o formulari ex artt. 1341 e 1342 c.c., come diritti contratti derivanti da un rapporti istituito con l'impresa anche al di fuori della applicazione degli artt. 1341 e 1342 e come soggetti danneggiati dal prodotto, che si aggiungono alle categorie delle vittime che non abbiano istituito un rapporto contrattuale con il produttore.

I rimedi concessi dalla disciplina speciale del rapporto di consumo rientrano nell'ambito della garanzia e quindi in senso lato della responsabilità contrattuale (sostituzione , riparazione) a cui si può aggiungere il risarcimento del danno. Sarebbe difficile impedire il ricorso a queste regole sol perché nel testo dell'art. 140 bis non sono menzionate direttamente le garanzie nella vendita.

Delle pratiche commerciali scorrette non si dà la definizione, non si dice in che cosa possa consistere la lesione subita dal consumatore e il danno che ne possa conseguire.

Bisogna ricorrere quindi alla normativa specifica, che si rinviene nel capo secondo del titolo terzo, agli artt. 20 -26.

Qui sono previste le diverse tipologie tecniche e metodi con cui si possono fornire od omettere informazioni al consumatore, creandogli quindi un danno per la falsa rappresentazione della realtà che lo induce a concludere il rapporto contrattuale per l'acquisto del prodotto o del servizio oggetto dell'iniziativa dell'imprenditore, limitando la sua libertà contrattuale e infliggendogli anche danni

per le modalità con cui queste pratiche sono condotte, ad es., violando la privacy , minacciandolo, vessandolo nelle forme più varie .

Quanto alle televendite – sempre che anch'esse siano riconducibili alle pratiche commerciali scorrette , pur essendo disciplinate in un titolo diverso (il quarto) del codice del consumo, si fa riferimento ad offese alla dignità umana, alle discriminazioni, alla salute e alla sicurezza, alla protezione dell'ambiente (art. 30).

Il danno quindi può essere sia patrimoniale sia non patrimoniale, a seconda della natura dell'interesse leso.

Esistono alcune alternative nella definizione dell'ambito di applicazione della normativa in esame.

La prima è data dalla interpretazione letterale delle disposizioni: in base ad essa, la normativa va al di là dei confini del codice del consumo, in quanto si estende ai contratti conclusi dai consumatori sulla base degli artt. 1341 e 1342, dai quali discendono diritti non garantiti dal codice del consumo, tutti i diritti derivanti dal consumo di un prodotto, ai comportamenti anticoncorrenziali, ai casi di danno da prodotto non contemplati nel codice del consumo.

La seconda, di natura sistematica, include nell'ambito di applicazione solo i diritti dei consumatori garantiti dal codice del consumo, con le addizioni esplicitamente previste dal testo della normativa. Anche a questo riguardo però i dubbi permangono, perché il codice del consumo fa rinvio in più punti alla disciplina generale del codice civile , e quindi nel novero dei diritti dei consumatori si dovrebbero includere anche i diritti fondati sulle regole del codice civile. Il codice del consumo rinvia anche alla disciplina del credito al consumo contenuta in altra legge speciale. Seguendo il principio della estensione dell'applicazione per rinvio, anche quest'area dovrebbe essere inclusa.

L'adesione comporta rinuncia ad ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo (c. 3); il tribunale decide all'esito della prima udienza sulla ammissibilità della domanda, che può essere manifestamente infondata, presentare conflitto d'interessi o essere proposta da soggetti titolari di diritti non identici, o che non curino adeguatamente l'interesse della classe (c. 6); in caso di inammissibilità si possono liquidare le spese per lite temeraria (c. 8); perché la domanda sia procedibile, una volta ammessa l'azione, occorre darne opportuna pubblicità , e il tribunale definisce i caratteri dei diritti individuali , fissando un termine perentorio per il deposito degli atti di adesione (c. 9); si prevede una specifica competenza per materia e una specifica competenza per territorio, la concentrazione delle azioni di classe aventi il medesimo oggetto, un potere discrezionale del giudice nel fissare le regole e le fasi processuali e persino le preclusioni; si discute se si possano presentare istanze di misure cautelari; nulla dice il testo sulla eventuale impugnazione della decisione del tribunale.

Dopo l'illustrazione di alcune delle problematiche più rilevanti relative alla nuova azione collettiva, fa d'uopo illustrare in sintesi la natura e il procedimento relativo alla nostra class action.

La class action è un'azione legale collettiva, ossia condotta da uno o più soggetti.

Lo scopo di tale istituto è quello di giungere ad una soluzione comune a più persone, di fatto o di diritto, che produca effetti “*ultra partes*” per tutti i componenti presenti e futuri della classe o del gruppo.

L’azione collettiva, quindi, consente di azionare un unico giudizio per ottenere il risarcimento del danno subito da un gruppo di cittadini danneggiati dal medesimo fatto realizzato da un’azienda scorretta.

I vantaggi delle azioni collettive, riparatorie e risarcitorie, sono evidenti se si tiene conto: dei tempi processuali, dei costi della giustizia, della garanzia di certezza del diritto e dell’efficacia ed equità del risultato.

Pertanto, essa dovrebbe rappresentare lo strumento migliore con cui tutelare i cittadini ed assicurargli il risarcimento dei danni subiti da aziende e multinazionali.

In Italia già a partire dagli anni Settanta, proprio agli albori del fenomeno consumieristico, si avvertiva l’esigenza di tutelare i consumatori.

Tuttavia, solo nel corso della XIV Legislatura (2001-2006), a causa dell’esigenza avvertita a livello europeo che confluì nell’adozione della direttiva 98/27/CE, venne elaborato un progetto di Legge di iniziativa parlamentare.

La proposta legislativa non si prefiggeva di introdurre la class action, ma si limitava ad apportare modifiche ad alcuni articoli della L. 281/98.

L’unica novità introdotta riguardava la possibilità di «*prevedere il risarcimento dei danni e la restituzione di somme dovute direttamente ai singoli consumatori e utenti interessati, in conseguenza di atti illeciti plurioffensivi [...] che ledono i diritti di una pluralità di consumatori e di utenti*».

L’iter parlamentare che avrebbe dovuto condurre alla sua approvazione si arenò al Senato.

L’esigenza di introdurre la class action si fece più forte nel corso della XV Legislatura.

Numerosi furono i progetti di Legge elaborati, i quali possono essere suddivisi in due distinte tipologie: disegni di Legge del Governo e simili e proposte di Legge concorrenti.

Tali proposte prevedono l’introduzione di un nuovo articolo, il *140 bis*, all’interno del Codice del Consumo.

I progetti di Legge concorrenti si ispirano alla legislazione statunitense e criticano l’idea di inserire nel Codice del consumo un unico articolo che disciplini le azioni collettive.

Finalmente, la legge finanziaria del 2008, la quale all’art. 2, comma 445, ha previsto che le disposizioni di cui ai commi da 446 a 449 istituiscano e disciplinino l’azione collettiva risarcitoria.

Oggi la class action in Italia è una realtà prevista e disciplinata dall’art. 140 *bis* del Codice del consumo.

La class action italiana ha una struttura bifasica: con una prima fase c.d. di filtro, in cui partecipa il P.M. ed una decisoria.

L’attuale formulazione dell’art. 140*bis* attribuisce la facoltà di proporre un’azione a tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori o degli utenti:

a ciascun componente della classe;

alle associazioni dei consumatori, a cui il singolo individuo conferisce mandato.

L'azione di classe consente di tutelare:

i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;

i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;

i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Una volta proposta l'azione i consumatori che versano nella medesima situazione possono aderirvi, senza il ministero di un difensore.

L'atto di adesione deve contenere:

l'elezione di domicilio

l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere;

le prove su cui il diritto si fonda.

L'adesione va depositata in Cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine non superiore a 120 giorni che decorrono dalla scadenza del termine previsto per l'esecuzione della pubblicità. Dopo la decorrenza del termine per l'adesione non sono proponibili ulteriori azioni collettive per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa.

Competenti a decidere sulla class action sono i Tribunali avente sede nel capoluogo della regione.

Il Tribunale giudica in composizione collegiale.

La domanda si propone con atto di citazione, notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il Tribunale adito, il quale può intervenire in relazione all'ammissibilità della domanda.

Nel corso della prima udienza, il Tribunale decide, con ordinanza, sull'ammissibilità della domanda; tuttavia, la decisione può essere rinviata se è in corso un'istruttoria davanti al giudice amministrativo o dinanzi ad un'autorità indipendente.

La domanda è dichiarata inammissibile, quando:

- è manifestamente infondata;
- sussiste un conflitto di interessi;
- il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili;
- il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

Tuttavia, l'ordinanza che decide sull'ammissibilità è reclamabile, nel termine di 30 giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore, davanti alla Corte d'appello.

Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il Tribunale fissa i termini e le modalità attraverso la quale deve essere "sponsorizzata" l'azione, al fine di garantire a tutti gli appartenenti alla classe di conoscerla e decidere di aderire.

L'onere della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda.

Con la stessa o con successiva ordinanza il Tribunale:

- determina il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo;
- prescrive le misure atte ad evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti;
- impone alle parti di adempiere all'onere della pubblicità ritenuta necessaria per tutelare gli aderenti;
- regola l'istruzione probatoria;
- disciplina ogni altra questione di rito.

Se la domanda viene accolta il Tribunale, con sentenza, liquida, ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme dovute a coloro che hanno aderito all'azione. La sentenza diviene esecutiva trascorsi 180 giorni dalla pubblicazione e fa stato anche nei confronti degli aderenti.

Diversamente dalla sentenza, le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito.

L'art. 140*bis* del Codice del consumo attribuisce la legittimazione ad agire al singolo o alle associazioni dei consumatori, a cui il soggetto ha conferito mandato.

Nella formulazione del 2008 tale facoltà era concessa solo alle associazioni dei consumatori e degli utenti.

Inoltre, attualmente l'azione può essere proposta solo dinanzi a undici Tribunali; mentre, tale limitazione non era contemplata nella precedente formulazione.

Verrà, probabilmente, predisposta una sezione specializzata per le azioni collettive.

Il nuovo testo, inoltre, chiarisce che la class action è ammessa a tutela dei diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in un'identica situazione, a prescindere dalla tipologia di contratto da cui tali diritti derivano. In base alla vecchia normativa, invece, la class action era ammessa solo a tutela dei diritti derivanti da contratti conclusi per adesione o mediante moduli o formulari.

La class action si presenta come una vera e propria azione risarcitoria, la quale si conclude con una sentenza di condanna che diventa esecutiva dopo 180 giorni dalla sua pubblicazione.

Un'altra importante novità attiene al procedimento di adesione. Prima l'adesione era sempre possibile, perfino nelle fasi conclusive del giudizio di appello.

Oggi, invece, i termini si sono ridotti.

Con l'ordinanza che dichiara ammissibile la class action, infatti, il giudice fissa due termini:

per la pubblicità del provvedimento;

per consentire l'adesione all'azione.

Tale soluzione offre maggiori garanzie processuali ed evita possibili comportamenti scorretti dei consumatori, imponendogli di effettuare una scelta tra l'azione individuale e quella collettiva.

Infine, l'attuale art. 140*bis* del Codice del consumo assicura il divieto della duplicazione delle azioni collettive identiche.

Nel caso in cui dinanzi allo stesso Giudice vengano promosse più cause identiche contro la stessa impresa, l'organo giudicante provvederà alla loro riunione.

Nelle ipotesi in cui i giudizi siano proposti dinanzi a giudici diversi, quello successivamente adito ordinerà la cancellazione della causa dal ruolo e fisserà un termine, non superiore a 60 giorni, per la riassunzione.

Sono già pendenti nei Tribunali italiani numerose azioni collettive; tuttavia, per apprezzarne l'utilità bisognerà attendere le prime pronunce.

La prima class action italiana è stata presentata dal Codacons. Il 1° gennaio 2010, giorno di entrata in vigore dell'azione collettiva italiana, una tra le più note associazioni dei consumatori ha notificato due citazioni contro colossi bancari, come Unicredit e Intesa San Paolo.

Avv. Gerardo Russillo

## **GIURISPRUDENZA**

**Sentenza n. 873/08 del 20/2/08** del Tribunale di Palermo relativa a **un'azione inibitoria ex art. 140 del Codice del consumo** nei confronti di una banca.

La decisione è di grande pregio, anche alla luce del dibattito sulle *class action*, perché analizza in dettaglio limiti e poteri del Giudice in tema di **azioni ex artt. 37 e 140 del Codice del consumo**, specificando il concetto di “utilizzo” di clausole vessatorie e cosa debba intendersi per “misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate”.

Il provvedimento così: "a) dichiara la vessatorietà della clausola con la quale la XXXXXX S.p.A. applica, ai rapporti di conto corrente bancario intercorrenti con i clienti-consumatori, la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito, e ciò sino al 30.6.2000; b) ordina alla XXXXXX S.p.A. di astenersi dal respingere le istanze avanzate da titolari di rapporto di conto corrente (consumatori) finalizzate al ricalcolo della esposizione debitoria previa depurazione della capitalizzazione trimestrale al 30.6.2000 ovvero quelle dirette alla ripetizione di somme corrisposte in eccedenza in virtù della applicata capitalizzazione trimestrale a debito sino a detta data, esclusivamente in ragione della piena validità ed efficacia della menzionata clausola e qualora non abbia alcuna [diversa] eccezione, inerente il singolo rapporto di conto corrente bancario, opponibile al cliente-consumatore; c) dispone la pubblicazione di un breve estratto della presente sentenza (contenente la indicazione degli estremi della controversia, dell' organo giudicante, delle parti e del dispositivo) per una sola volta sui quotidiani “Il Corriere della Sera” ed “Il Giornale di Sicilia” a cura e spese della banca convenuta, con formato di dimensioni non inferiori a cm. 20 X cm. 30; d) dispone, ai sensi dell' art. 140 co. 7 D.L.vo 6 Settembre 2005 n. 206, in ipotesi di inadempimento degli obblighi stabiliti nella presente sentenza, decorsi sessanta giorni dalla pubblicazione della stessa, il pagamento da parte della XXXXXX S.p.A. di una somma pari ad € 516,00 per ogni giorno di ritardo".

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**TRIBUNALE DI PALERMO -Sez. XXXXXX-**

Il Tribunale di Palermo -Sez. XXXXXX - riunito in camera di Consiglio e composto da:

- 1) Dott. XXXXXXXXXXXX Presidente rel.est.
- 2) Dott. XXXXXXXXXXXX Giudice
- 3) Dott. XXXXXXXXXXXX Giudice

ha emesso la seguente

**S E N T E N Z A**

nella causa iscritta al n. XXXXXXXXXXXX R.G. vertente

**TRA**

XXXXXX XXXXXX, in persona del suo segretario generale Paolino XXXXXX elettivamente domiciliata ai fini del presente giudizio in Palermo Via XXXXXXXXXXXX presso lo studio degli Avv.ti XXXXXXXXXXXXXXXX che la rappresentano e difendono congiuntamente e disgiuntamente giusta procura a margine dell' atto di citazione

**ATTRICE**

**CONTRO**

XXXXXX S.p.A. in persona del suo Direttore Generale e procuratore speciale Dott.ssa XXXXXXXXXXXX, rappresentata e difesa congiuntamente e disgiuntamente dagli Avv.ti XXXXXXXXXXXX giusta procura in calce alla copia notificata dell' atto di citazione ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo sito in Palermo Via XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**CONVENUTA**

Conclusioni : le parti concludono come in atti.

**Svolgimento del processo**

Con atto di citazione ritualmente notificato in data 20.6.2006 l' XXXXXX XXXXXX, in persona del suo segretario generale XXXXXXXXXXX XXXXXX (d'ora in poi, per brevità, "XXXXXX") conveniva in giudizio dinanzi a questo Tribunale la XXXXXX S.p.A. esponendo che la banca convenuta, sino alla data di entrata in vigore della delibera CICR del 9.2.2000, si era avvalsa, nell' ambito dei rapporti di apertura di credito in conto corrente, di una clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi addebitati sui saldi risultati passivi, clausola da ritenere nulla e vessatoria nei contratti conclusi con i consumatori, come riconosciuto dai giudici di legittimità e, segnatamente, dalla pronuncia del Supremo Collegio a Sezioni Unite n. 21095 in data 4.11.2005.

Nell' evidenziare che l' istituto di credito convenuto aveva opposto il proprio rifiuto alle richieste, avanzate dai singoli consumatori, di restituzione delle somme percepite in virtù della applicazione della anzidetta clausola (nulla e vessatoria ex artt. 2 nonché 33 e segg. del Codice del Consumo) osservava che tale rifiuto integrava gli estremi di un comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti ai sensi del richiamato codice.

Tanto premesso chiedeva : a) dichiarare la natura vessatoria ai sensi degli 33 e segg. cod. cons. nonché la nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal correntista operanti sino al 30 giugno 2000; b) inibire alla banca convenuta l' uso di tali clausole nei rapporti con i consumatori ; c) dichiarare che il comportamento della banca, consistito nel rifiuto di dare corso alla restituzione delle somme percepite in ragione della menzionata clausola, costituiva violazione degli interessi dei consumatori ai sensi dell' art. 140 codice citato; d) adottare ogni misura idonea a correggere od eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; e) ordinarsi la pubblicazione del provvedimento, a spese della società convenuta, su alcuni quotidiani nazionali come previsto dagli artt. 37 e 140 leg.cit.; f) disporre, ai sensi dell' art. 140 cit. in ipotesi di inadempimento degli obblighi stabiliti nella emittenda sentenza, decorsi dieci giorni dalla pubblicazione della stessa, il pagamento da parte della XXXXXX di una somma sino ad € 1.032,00 per ogni giorno di ritardo.

Si costituiva la XXXXXX S.p.A. la quale rilevava, in primo luogo, la inammissibilità della richiesta di parte attrice atteso che le clausole in contestazione non erano più operanti da anni, perché sostituite da quelle adottate in conformità alla citata delibera CICR del 9.2.2000.

Eccepiva, poi, la inammissibilità della istanza volta alla declaratoria della illegittimità della utilizzazione di detta clausola nonché del rifiuto opposto da essa convenuta di restituire le somme

percepita sulla base di clausole anatocistiche vigenti anteriormente alla citata delibera, in quanto parte attrice mirava, in relazione ai fatti de quibus, ad una pronuncia “generale e generica” non prevista dalla legislazione vigente.

Precisava, in particolare, come la iniziativa di parte attrice mirava ad inibire alla società convenuta non la cessazione di un comportamento lesivo degli interessi dei consumatori, ma il suo inviolabile diritto di difesa, costituzionalmente garantito.

Deduceva, altresì, come doveva ritenersi del tutto inammissibile la richiesta finalizzata alla declaratoria di illegittimità ed inibizione del rifiuto che la società opponeva alle richieste di restituzione delle somme percepite a titolo di capitalizzazione degli interessi a debito atteso che il codice del consumo non consentiva pronunzie dichiarative e di mero accertamento.

Aggiungeva, infine, che l’ accoglimento della richiesta inibitoria formulata dalla banca sarebbe equivalsa ad una pronuncia di condanna (non prevista) a restituire, a semplice richiesta, le somme percepite dai clienti .

A seguito dello scambio di memorie di replica ex artt. 6 e 7 D.L.vo 17 Gennaio 2003, n.5, venivano depositate l’ istanza di fissazione dell’ udienza da parte dell’ XXXXXX nonché memoria ex art. 10 D.L. citato da parte della convenuta.

Quindi il giudice relatore, con decreto in data 29.12.2006, rigettava le prove dedotte dall’ attrice, rimettendo le parti dinanzi al collegio.

All’ udienza collegiale del 26.10.2006, dopo la discussione orale, il Tribunale confermava il decreto del giudice relatore e poneva la causa in decisione, assegnando il termine di legge per il deposito della sentenza.

### **Motivi della decisione**

Va premesso che questo Tribunale ritiene di dovere riconfermare i principi già espressi nella sentenza 29 Maggio 2006 (XXXXXX c/ Banco di Sicilia S.p.A.), pronunciata in analoga controversia.

Appare, quindi, opportuno effettuare alcune considerazioni sulla natura delle domande avanzate dall’ attrice al fine di una migliore comprensione delle eccezioni di parte convenuta.

Va osservato che l’ XXXXXX, nel lamentare la illegittimità della condotta della XXXXXX, inerente l’ utilizzo della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito nei rapporti di conto corrente stipulati con i consumatori, a suo dire pregiudizievole dei diritti di questi ultimi, ha avanzato le domande oggetto di causa, per come espressamente indicato in atto di citazione, sia ai sensi dell’ art. 37 che ai sensi dell’ art. 140 D.L.vo 6 Settembre 2005 n. 206, c.d. Codice del Consumo.

A tal proposito va chiarito che l’art. 37 rubricato “azione inibitoria” in materia di clausole vessatorie, statuisce al primo comma che: “le associazioni dei consumatori, di cui all’art. 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l’associazione di professionisti che *utilizzano*, o che raccomandano l’utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice

competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente titolo”.

L'ultimo comma prevede, poi, che “per quanto non previsto dal presente articolo, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui al comma 1 si applicano le disposizioni dell'art. 140”.

La norma in esame distingue quindi, al fine di individuare la loro legittimazione ad agire in giudizio, le associazioni dei consumatori dalle associazioni dei professionisti e dalle camere di commercio: per le prime, infatti, fa riferimento all'art. 137, mentre per le seconde, si riferisce genericamente al criterio della rappresentatività.

L'art. 137 individua, sulla base di rigidi criteri normativamente stabiliti, l'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti certamente rappresentative a livello nazionale e come tali legittimate ad agire ai sensi dell'art. 139 del Codice del Consumo e con le modalità di cui all'art. 140 del medesimo.

Orbene se si analizza l'ultimo comma dell'art. 37, poiché esso stabilisce che all'azione delle associazioni dei consumatori si applicano le disposizioni dell'art. 140 per quanto non previsto dall'art. 37 medesimo (e poiché l'art. 140 ha un ambito più esteso dell'art. 37) appare evidente che l'azione delle associazioni dei consumatori in materia di clausole vessatorie (quale quella in esame) si svolgerà a norma dell'art. 140 e non a norma dell'art. 37.

Tant'è vero che esplicitamente il comma 10 dell'art. 140 stabilisce che “ per le associazioni di cui all'art. 139 l'azione inibitoria prevista dall'art. 37 in materia di clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori, si esercita ai sensi del presente articolo.”

In sostanza, quindi, sebbene l'art. 37 faccia riferimento sia alle azioni promosse dalle associazioni dei consumatori sia a quelle promosse dalle associazioni dei professionisti e dalle camere di commercio esso si applica soltanto alle azioni promosse da questi secondi soggetti, posto che i primi ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 140.

Con la conseguenza sul piano applicativo che le azioni così promosse da tali soggetti saranno diverse sia per l'ambito soggettivo sia per quello oggettivo.

Le associazioni dei consumatori (quali l'XXXXXX) sono legittimate ad agire a tutela dei diritti e degli interessi collettivi, solo in quanto iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 e secondo le modalità di cui all'art. 140 il quale, a differenza dell'art. 37, *oltre all'azione inibitoria ed accanto alla pubblicazione del provvedimento, prevede l'adozione di misure correttive idonee ad eliminare e correggere gli effetti dannosi delle violazioni accertate.*

Rileva, quindi, il Tribunale le c.d. azioni di interesse collettivo a contenuto inibitorio, di cui alle richiamate disposizioni, mirano, da un lato, a fare cessare le condotte illecite già in essere e dall'altro ad imporre all'autore della condotta lesiva degli interessi dei consumatori un obbligo di astensione per l'avvenire da comportamenti dei quali sia stata accertata l'antigiuridicità.

Al fine di comprendere la effettiva portata della tutela ‘innominata’ prevista dalla normativa dall'art. 140 richiamato deve, invero, muoversi dal contenuto dell'art. 2 cod. cons. ove si fa riferimento alla inderogabile esigenza di forte tutela nell'ambito di una amplissima gamma di settori

fondamentali per i cittadini: salute, sicurezza e qualità dei prodotti, pubblicità commerciale, correttezza, equità e trasparenza nei rapporti commerciali inerenti beni e servizi privati, erogazione dei servizi pubblici secondo standards di qualità ed efficienza.

E' chiaro, quindi, l' intento della norma in esame di rafforzare strumenti di tutela collettiva per aumentare la protezione dei diritti dei consumatori ed assicurare esigenze di tutela destinate, altrimenti, a rimanere insoddisfatte oltre che impedire che una pluralità indefinita di pretese risarcitorie finisca per paralizzare il sistema giudiziario, con la eventualità, peraltro, di giudizi contrastanti (e ciò analogamente a quanto in precedenza statuito dall' art. 3 della L. 30 Luglio 1998, n. 231, normativa confluita nel suddetto codice).

Fatte tali brevi considerazioni occorre esaminare la preliminare eccezione di inammissibilità della domanda di inibitoria, sollevata dalla banca convenuta la quale assume, in primo luogo, che la clausola relativa alla capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito non sarebbe ad oggi più operante in quanto sostituita da quella adottata in conformità alla citata delibera CICR del 9.2.2000 e, in particolare, che detta clausola non esiste più da tempo nei rapporti fra le parti sicché non avrebbe alcun senso inibire l' uso di una clausola non più utilizzata in alcun modo.

Ritiene il Tribunale di dovere ribadire sul punto le considerazioni già espresse nella richiamata sentenza 29 Maggio 2006.

Deve osservarsi, innanzitutto, che secondo quanto si desume dal tenore delle difese dell' XXXXXX - e secondo quanto, peraltro, può ritenersi incontrovertito (ciò anche alla luce del dettato dell' art. 10 co. 3 D.L.vo n.5/2003) - la questione relativa alla capitalizzazione trimestrale, ante delibera citata, attiene sia a rapporti di conto corrente già cessati sia a rapporti di conto corrente a tutt' oggi vigenti ed operanti.

Con riferimento a tali rapporti è innegabile che la sola modifica della clausola afferente la capitalizzazione periodica degli interessi a decorrere dall' 1.7.2000 non ha determinato la cessazione del rapporto contrattuale e la creazione di un nuovo contratto, con la conseguenza che, in ipotesi di rapporti stipulati prima dell'entrata in vigore della citata delibera, non cessati alla data odierna, ci si trova in presenza di clausole ancora capaci di dispiegare effetti, inerenti rapporti di durata non esauriti .

Relativamente a detti contratti non può, invero, dubitarsi che laddove la banca convenuta provveda a calcolare il saldo, mantenendo fermo il computo di interessi a debito frutto della capitalizzazione trimestrale (sino a tutto il 30.6.2000) continua, di fatto, ad 'applicare' nel rapporto con il consumatore detta clausola ritenendola legittima, non rispondendo al vero l' affermazione della convenuta secondo cui la stessa non sarebbe '*utilizzata*' in alcun modo

Non può, invero, convenirsi con quanti hanno sostenuto che è irrilevante, ai fini della verifica della vessatorietà e della applicazione dei rimedi di cui alla citate disposizioni normative, la circostanza che il professionista abbia modificato lo schema regolamentare uniforme allorquando si verifica, in concreto, "la permanenza degli effetti degli schemi adottati in precedenza".

Secondo quanto si desume chiaramente dal tenore della normativa sopra richiamata le censure all' operato del professionista non riguardano unicamente il momento genetico della inserzione della

clausola [dovendosi ritenere che l' inserimento della clausola vessatoria è solamente, come detto, uno dei possibili comportamenti pregiudizievoli per i diritti dei consumatori], ma anche l' effettivo 'utilizzo' delle condizioni, prescindendosi, quindi, dalle modificazioni sopravvenute.

La norma parla, infatti, in generale espressamente della possibilità di inibire la condotta volta ad "utilizzare" la clausola lesiva dei diritti dei consumatori

Nel caso di specie è indubitabile che la XXXXXX, nel negare (condotta che è pacificamente posta in essere dalla stessa) il ricalcolo del saldo del conto corrente espungendo la capitalizzazione trimestrale, continua ad avvalersi della detta clausola, sicché un segmento del rapporto in essere fra le parti è assoggettato in concreto a tale previsione negoziale in quanto la banca, di fatto, effettua ancora – sia pure limitatamente ad una parte del rapporto – una unilaterale capitalizzazione degli interessi.

Non può, quindi, ragionevolmente affermarsi come sostenuto dalla banca convenuta che andrebbero tenuti distinti i profili relativi alla "vigenza" ed alla "applicazione" della clausola, non rinvenendosi alcuna distinzione in tale senso nella normativa citata.

Posto che sono rimasti invariati tutti gli altri elementi del contratto di conto corrente, il rapporto originario non è stato 'chiuso', sussiste un unico 'saldo contabile' [che scaturisce dal raffronto di 'tutte' le partite di 'dare' ed 'avere' maturate durante la 'integrale' vigenza dell' intero rapporto], appare illogico parlare di un rapporto contrattuale che possa ritenersi "esaurito" [sia pure in parte].

In relazione a detti rapporti deve, pertanto, ritenersi pienamente legittima la richiesta dell' XXXXXX finalizzata alla verifica della vessatorietà della clausola suddetta e, quindi, dell' anti giuridicità della condotta della banca che continua a tenerne conto nel computo del saldo, trattandosi, quindi, di clausola che continua a dispiegare la propria piena efficacia operativa.

Rimane, pertanto, irrilevante la circostanza che la suddetta clausola non è più inserita nei "nuovi" moduli contrattuali distribuiti dalla banca convenuta alla clientela dei consumatori.

Osserva, peraltro, il Tribunale che anche con riferimento ai rapporti di conto corrente, stipulati prima dell' entrata in vigore della delibera e, ad oggi, estinti, posto che è comprovato (in quanto incontestato ai sensi del citato art.10) che la banca convenuta paralizza ogni richiesta restitutoria o, comunque, di ricalcolo del saldo al fine di procedere al pagamento della somma effettivamente dovuta del consumatore muovendo dal [solo] presupposto della piena validità ed efficacia della clausola de qua, appaiono ammissibili le domande oggi proposte.

Pur dovendosi ritenere che il diritto al risarcimento, sulla base della normativa ad oggi vigente, rimane un diritto individuale, imputabile a ciascuno dei consumatori danneggiati dalla condotta pluri offensiva dichiarata contra legem, la previsione di cui al Codice del Consumo circa il diritto dei consumatori alla garanzia della "correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi", diritto tutelabile ad opera della associazioni dei consumatori che possono chiedere, ai sensi de citato art. 140, l' inibizione di "comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori" nonché "l' adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate", induce a ritenere che possa certamente procedersi in questa sede alla valutazione della liceità del comportamento sopra cennato posto in essere dalla banca convenuta.

Diversamente opinando si finirebbe, ad avviso di questo Tribunale, per vanificare la portata della suindicata legge nonché le finalità della stessa.

Una simile conclusione – e, quindi, l’ esigenza di una lettura delle disposizioni de quibus in una ottica di ampia tutela dei diritti dei consumatori, con esclusione di ogni interpretazione restrittiva – appare del resto suffragata dall’ esigenza di applicare la richiamata normativa in armonia con la ratio ispiratrice della direttiva 98/27/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori).

Quest’ ultima, muovendo dal presupposto che i meccanismi esistenti sia a livello nazionale che a livello comunitario “non sempre consentono di porre termine tempestivamente alle violazioni che ledono gli interessi collettivi dei consumatori” e nella prospettiva di una ampia e piena tutela dei diritti di questi ultimi oggetto delle direttive ivi espressamente richiamate, ha stabilito che gli Stati membri adottino sistemi al fine di “ordinare con debita sollecitudine ..... la cessazione o l’ interdizione di qualsiasi violazione”, quest’ ultima intesa come “qualsiasi atto contrario alle disposizioni delle direttive riportate in allegato”.

Prima di passare all’ esame delle problematiche afferenti la natura (vessatoria o meno) della suddetta clausola - come detto ancora oggi applicata dalla banca - nonché la [dedotta] anti giuridicità della condotta della banca convenuta nei confronti dei propri clienti-consumatori, occorre soffermarsi sugli ulteriori profili di ‘inammissibilità’ rilevati dalla XXXXXX.

Assume la società convenuta che “l’ iniziativa giudiziaria avversaria si pone l’ ulteriore (immeritevole) obiettivo di ‘preconfezionare’ al di fuori del necessario ed indispensabile giudizio fra le parti concrete del rapporto bancario una pronuncia che, *sub specie* di generale ordine inibitorio e ripristinatorio di asserite situazioni illegittime, impedisca alla Banca esponente lo svolgimento delle sue più che legittime (e costituzionalmente garantite) facoltà e diritti di difesa, finendo per ordinare alla medesima banca di ‘accogliere’, al di fuori del contraddittorio giurisdizionale, le domande rivolte dalla sua clientela al rimborso di pretese somme pagate a titolo di capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori”.

La convenuta ha, altresì, sottolineato come la normativa sopra richiamata non consentirebbe, in ogni caso, né adozione di pronunzie di mero accertamento né la possibilità di emettere statuizioni di condanna ad un comportamento positivo atteso che la tutela inibitoria pone capo ad un “non facere” (richiamando, in tale senso alcuni precedenti di giudici di merito).

Anche tali obiezioni, come già sottolineato nella citata pronuncia, non appaiono condivisibili.

Occorre sottolineare, invero, come la tutela inibitoria collettiva, per sua natura, laddove mira ad assicurare, come detto, in generale “correttezza, equità e trasparenza nei rapporti commerciali inerenti beni e servizi privati” implica una valutazione necessariamente riguardante i rapporti e, quindi, i diritti di una molteplicità di soggetti e ciò a prescindere da tutti i possibili specifici profili inerenti il singolo rapporto negoziale.

In quest’ ottica appare fuorviante il richiamo operato dalla convenuta al “all’ inviolabile diritto di difesa” (art. 24 Cost.), atteso che ogni valutazione in ordine alla sussistenza di atti e comportamenti della banca convenuta lesivi dei diritti dei consumatori da effettuare nel presente giudizio instaurato

ai sensi del richiamato art. 140, non preclude certamente alla banca di opporre, in futuro, ai clienti o ex clienti tutte le eccezioni inerenti i singoli rapporti di conto corrente al fine di paralizzare le relative istanze, secondo quanto appresso chiarito.

Non può del resto sottacersi che il professionista convenuto in giudizio dalla associazione dei consumatori al fine di inibire l' utilizzazione di una clausola ovvero vietare condotte antiggiuridiche asseritamente lesive dei diritti dei consumatori ha sicuramente la possibilità di esercitare pienamente il proprio diritto di difesa nel processo collettivo.

Pensare che gli sia lecito e che, anzi, gli sia costituzionalmente garantito di nuovamente tornare a difendere il proprio operato (sotto detti profili) in una molteplicità di giudizi promossi individualmente dai singoli consumatori appare davvero eccessivo sotto qualunque punto di vista (in relazione alle finalità delle azioni collettive) e soprattutto perché il principio di economia processuale ne uscirebbe indebitamente stravolto.

In ordine alla tipologia dei rimedi richiesti è evidente che le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni sono 'atipiche ed innominate' e nessun criterio certo è fornito dalla legge per la sicura individuazione del loro contenuto, garantendosi la possibilità al giudice di adottare una pronuncia avente il contenuto che più si attagli alla specifica situazione dedotta in giudizio.

Sulla scorta delle considerazioni sopra formulate, al fine di non vanificare la portata della normativa sopra richiamata e stante la prevista possibilità di adottare tutte "le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate", ben può ammettersi la adottabilità di pronunzie dichiarative e di mero accertamento, dovendosi convenire con quanti hanno sostenuto che le misure idonee "sono tutte quelle misure in grado di garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei consumatori ed in grado di realizzare appieno il comando inibitorio, sia esso di contenuto negativo o positivo, a seconda delle esigenze concrete di tutela".

La ratio della legge n. 281/98 cit. prima e del codice del consumo oggi è, del resto, quella di costituire un "passo avanti" nella disciplina dei consumatori e degli utenti.

Tale normativa mira ad aggiungere forme di tutela, ad ampliare la c.d. *consumer protection*, per cui sarebbe interpretazione contraria alla detta finalità quella che mira a limitare fortemente i possibili contenuti della inibitoria e non ammette pronunzie dichiarative (come sostenutosi nelle pronunzie di merito richiamate da parte convenuta).

In questa prospettiva non può, per vero, non ammettersi la possibilità di adottare misure impicanti l' obbligo di eliminare gli effetti della condotta lesiva e, quindi, anche una prestazione di fare.

Sebbene il concetto stesso di inibitoria richiama un ordine di non fare vale a dire una condotta a contenuto negativo è innegabile che ogni qualvolta la violazione dei diritti dei consumatori si sostanzia in un comportamento omissivo l' unica possibile forma di inibitoria è proprio quella consistente nella imposizione di un facere e del resto "da un punto di vista teorico anche l' inibitoria positiva potrebbe sempre essere rovesciata in una inibitoria negativa. Il che è quanto dire che il giudice invece di ordinare un determinato comportamento atto a fare cessare l' illecito potrebbe ordinare la cessazione dell' illecito tout court. In altri termini, sempre in linea puramente teorica, si

potrebbe affermare che tutte le inibitorie positive potrebbero risolversi in altrettante inibitorie negative”.

Una simile lettura della norma appare del resto giustificata anche in relazione ai principi fissati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di tutela dei consumatori.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee (sentenza 26 Ottobre 2006, causa C-168/05; *Mostaza Claro c. Centro Movil Milenium SL*) ha avuto modo di sottolineare come “Secondo una costante giurisprudenza, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all’ ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato Membro stabilire le modalità procedurali per garantire la salvaguardia dei diritti di cui i soggetti godono ai sensi dell’ ordinamento comunitario in forza del principio dell’ autonomia processuale degli stati membri a condizione tuttavia che tali modalità ... non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’ esercizio dei diritti conferiti dall’ ordinamento giuridico comunitario (*principio di effettività*)”.

E’ proprio nell’ ottica di garantire la piena efficacia ed operatività della tutela inibitoria apprestata dall’ ordinamento interno (e, quindi, la “effettività” della stessa) che si impone una interpretazione della norma ad ampio respiro e sganciata da parametri restrittivi ancorati ad una visione eccessivamente formalistica della detta disposizione che finirebbe per vanificare la portata fortemente innovativa della stessa rispetto alle generali e tradizionali categorie conosciute nell’ ambito del nostro sistema giuridico.

Come sottolineato dall’ XXXXXX la stessa Corte di Cassazione, in materia di tutela inibitoria ex art. 28 dello Statuto dei Lavoratori (ove si fa riferimento all’ ordine di “cessazione del comportamento illegittimo” e di “rimozione degli effetti” delle accertate violazioni dei diritti dei lavoratori), ha individuato in modo assai ampio la nozione di rimedi inibitori esperibili.

Il Supremo Collegio ha, infatti, evidenziato come “In realtà quando l’ illecito può continuare o ripetersi nel futuro, l’unica reazione efficace è costituita solo dall’azione inibitoria: un’azione diretta ad ottenere non la condanna del convenuto al risarcimento del danno che ha causato, ma l’ordine del giudice rivolto alla parte soccombente di inibire la continuazione della condotta illecita (come si esprime l’art. 2599 del c.c.) o di cessazione del fatto lesivo (come negli artt. 7 e 10 del c.c.). L’ordine può avere come contenuto un non fare (inibitoria negativa nei casi di illecito commissivo espressamente prevista dal legislatore in varie norme come gli articoli 7, 10, 949, 1079 e 2599 cod. civ.) o anche un fare (inibitoria positiva, nei casi di illecito omissivo, non espressamente prevista dal legislatore, ma applicata dalla giurisprudenza in tema di immissioni, art. 844 cod. civ.), di modificazioni della ditta (art. 2564 cod. civ.), di diritto di autore (art. 156 della legge 22 aprile 1941, n. 633) e, in generale, di provvedimenti di urgenza (art. 700 cod. proc. civ.).L’emanazione dell’ordine da parte del giudice non costituisce una mera ripetizione di ciò che è già prescritto dalla legge, ma produce effetti di carattere civile e penale” (Cass. 5295 del 12.6.1997).

A questo punto occorre esaminare la questione relativa alla carattere vessatorio e meno della clausola “applicata” dalla XXXXXX in forza la quale è stabilito che “I conti che risultano anche saltuariamente debitori vengono chiusi contabilmente” con “capitalizzazione trimestrale”.

In ordine al meccanismo della capitalizzazione trimestrale di detti interessi a debito (o anatocismo, cioè quell'operazione di "conversione degli interessi in debito di capitale allo scopo di provocare la decorrenza di nuovi interessi sulla somma per tale titolo dovuta" - così in dottrina -), applicata pacificamente dalla banca convenuta sui contratti di conto corrente [stipulati prima dell'entrata in vigore della delibera citata], va precisato che la Corte di Cassazione con la pronuncia 16 Marzo 1999, n. 2734, con improvviso revirement, ha escluso la esistenza di un uso normativo in deroga al divieto, affermando che "la previsione contrattuale della capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, in quanto basata, su un uso negoziale, ma non su una vera e propria norma consuetudinaria, è nulla in quanto anteriore alla scadenza degli interessi".

Alcuni mesi dopo l'avvento di detta giurisprudenza fortemente innovativa, è intervenuta una modifica legislativa, vale ad dire l'art. 25 3° co. D.L. n. 342/99 (di modifica dell'art. 120 TU Bancario, che ha stabilito che le clausole anatocistiche, previste nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera del CICR di cui al II comma dell'art. 120, sono valide ed efficaci fino a tale data), disposizione che è stata espunta dall'ordinamento in forza della sentenza n° 425/2000 della Corte Costituzionale.

Il Giudice delle leggi ha dichiarato l'art. 25 III comma illegittimo "nella parte in cui stabilisce che le clausole riguardanti la produzione di interessi su interessi maturati, contenuti nei contratti stipulati anteriormente alla delibera del CICR, relativa alle modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, siano valide ed efficaci fino a tale data e che, dopo di essa, debbono essere adeguate - a pena di inefficacia da farsi valere solo dal cliente - al disposto della menzionata delibera, con le modalità ed i tempi ivi previsti".

Sul punto va precisato che lo stesso intervento del legislatore, finalizzato a 'regolarizzare' i suindicati rapporti quanto al meccanismo della capitalizzazione, ha avuto come dato di partenza la chiara consapevolezza invalidità di detta clausola ante delibera CICR.

Invero l'art. 120 TU Bancario, come modificato dall'art. 25 D.Lgvo 342/99, ha attribuito al CICR il potere di stabilire le modalità ed i criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria.

Con l'emanazione della relativa deliberazione (in data 9.2.00, pubblicata nella G.U. 22 febbraio 2000), deve oggi ritenersi certa la legittimità della capitalizzazione degli interessi pattuita mediante apposite clausole contenute nei contratti bancari.

Quindi, la disciplina introdotta dal CICR vale per : - i contratti bancari stipulati dopo la data di entrata in vigore della delibera del CICR 9/2/00; - contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della delibera, ma con l'adeguamento con effetto dal 1° luglio 2000: l'art. 7 della delibera CICR stabilisce che le condizioni pattuite devono essere adeguate alle disposizioni contenute nella delibera, come detto, entro il 30/6/00.

E' rimasto, quindi, il problema della sorte dei contratti stipulati prima della delibera CICR e per il periodo fino al 30 giugno 2000, problema questo che riguarda i contratti di conto corrente stipulati dai consumatori in relazione ai quali l'XXXXXX ha promosso l'odierno contenzioso.

Sulla capitalizzazione degli interessi a debito, in precedenza, l'orientamento consolidato della Suprema Corte, fin dalla sentenza 6631/81, era nel senso che "...nel campo delle relazioni tra istituti di credito e clienti, in tutte le operazioni di dare ed avere, l'anatocismo trova generale applicazione in quanto sia le banche e sia i clienti chiedono e riconoscono come legittima la pretesa degli interessi da conteggiarsi alla scadenza non solo sull'originario importo versato ma anche sugli interessi da questo prodotti e ciò a prescindere dai requisiti richiesti dall'art. 1283 cc".

Fino al 1999, in definitiva, il quadro normativo di riferimento era rappresentato dall'art. 1283 cc.; tale norma, di carattere imperativo e di natura eccezionale, consente l'anatocismo solo in presenza di determinate condizioni: - deve trattarsi di interessi scaduti da almeno sei mesi; - occorre la proposizione di una domanda giudiziale o la stipulazione di una convenzione successiva alla scadenza degli interessi.

Indi, la Cassazione dal '99 (v. sentenza sopra citata), con impostazione che ha continuato a muoversi esclusivamente nel solco della disposto di cui all'art. 1283 c.c., si è soffermata sulla natura della prassi in virtù della quale nei contratti di conto corrente bancario era inserita la clausola della capitalizzazione trimestrale, sostenendo che tale prassi, tale 'consuetudine', non è connotata dai caratteri idonei a far configurare un uso normativo - come aveva detto la precedente giurisprudenza - rimanendo essa confinata nei più ristretti limiti dell'uso negoziale, non suscettibile di assumere rilievo nell'ottica del citato art. 1283.

Ancora, ha precisato che l'esistenza di una vera e propria consuetudine legittimante la prassi della capitalizzazione trimestrale non è mai stata accertata dalla commissione speciale permanente presso il ministero dell'industria, ai sensi del d.leg.c.p.s. n. 152 del 1947, e che gli accertamenti - da parte di alcune camere di commercio provinciali - di usi locali conformi alle norme bancarie uniformi predisposte dall'ABI sono tutti successivi al 1952, sicché, avendo preso effetto le n.b.u. proprio dal 1°.1.1952, deve escludersi che queste attestino l'esistenza di usi locali preesistenti, e deve, piuttosto, presumersi che l'accertamento dell'uso locale sia null'altro che il rilievo di prassi negoziali conformi alle condizioni generali predisposte dall'ABI: prassi cui non può riconoscersi efficacia di fonte di diritto obiettivo se non altro per l'evidente difetto dell'elemento soggettivo dell'*opinio iuris ac necessitatis*, giacché dalla comune esperienza emerge che l'inserimento delle clausole di capitalizzazione trimestrale è acconsentito da parte dei clienti non in quanto tali clausole siano ritenute conformi a norme già esistenti, ma solo in quanto sono comprese nei moduli predisposti dalle banche e non suscettibili di negoziazione individuale. Inoltre, ha ritenuto che l'art. 1283 c.c. avrebbe carattere imperativo, e che le norme che dettano una disciplina diversa - si tratta delle norme in materia di conto corrente ordinario che consentono l'anatocismo senza i limiti del 1283 c.c. - non possono applicarsi al conto corrente bancario, stante la specialità della disciplina che lo caratterizza.

Tale nuovo arresto del Supremo Collegio è stato, poi, costantemente, chiaramente ed univocamente confermato, dalle successive sentenze nn. 12507/1999, 6263/2001, 1281/2002, 4490/2002, 4498/2002, 8442/2002, 17338/2002; 2593/2003, 12222/2003, 13739/2003, fino alla richiamata Cassazione SS.UU. Civili 7 ottobre - 4 novembre 2004 n° 21095.

Quest'ultima pronuncia, in particolare, si è soffermata sulla "insuperabile valenza retroattiva dell'accertamento di nullità delle clausole anatocistiche", di cui si è mostrato subito ben consapevole anche il legislatore il quale ha dettato, nel comma 3 dell'art. 25 del già citato d.lgs. 342/1999, una norma ad hoc, volta appunto ad assicurare validità ed efficacia alle clausole di capitalizzazione degli interessi inserite nei contratti bancari stipulati anteriormente alla entrata in vigore della nuova disciplina, paritetica, della materia, di cui ai precedenti commi primo e secondo del medesimo art. 25. Norma, come detto, poi espunta dall'ordinamento, perché dichiarata incostituzionale, nella parte relativa alla cd. "sanatoria del pregresso", (ma) che ha confermato la necessità della capitalizzazione paritetica degli interessi tra cliente e Istituto di credito, introducendo (cfr. nuovo testo dell'art. 120 T.U bancario) il criterio generale secondo il quale nelle operazioni in conto corrente deve essere assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, con l'eliminazione di quella dissimmetria nella produzione degli interessi anatocistici, la cui ingiustizia ha palesemente ispirato il più recente indirizzo della Cassazione.

Con la pronuncia a Sezioni Unite citata, la Suprema Corte ha ricordato che "dalla comune esperienza emerge che i clienti si sono nel tempo adeguati all' inserimento della clausola anatocistica non in quanto ritenuta conforme a norme di diritto oggettivo già esistenti o che sarebbe auspicabile fossero esistenti nell'ordinamento, ma in quanto comprese nei moduli predisposti dagli istituti di credito, in conformità con le direttive dell'associazione di categoria, insuscettibili di negoziazione individuale e la cui sottoscrizione costituiva al tempo stesso presupposto indefettibile per accedere ai servizi bancari. Atteggiamento psicologico ben lontano da quella spontanea adesione a un precetto giuridico in cui, sostanzialmente, consiste l'opinio juris ac necessitatis, se non altro per l'evidente disparità di trattamento che la clausola stessa introduce tra interessi dovuti dalla banca e interessi dovuti dal cliente".

Pertanto, esclusa l'esistenza di un uso normativo bancario, la clausola di anatocismo trimestrale previsto dalle condizioni di apertura di credito in conto corrente di che trattasi si manifesta in aperto contrasto con le prescrizioni imperative dell'art. 1283 c.c.

Orbene la valutazione della vessatorietà della detta clausola nonché della antiggiuridicità della condotta della XXXXXX in ordine alla applicazione della medesima non può prescindere dalla superiore quadro.

Tutti gli interventi normativi e le recenti pronunzie giurisprudenziali del Supremo Collegio (sotto questo profilo non bisogna trascurare la funzione nomofilattica della Cassazione, specie in relazione alle pronunzie a Sezioni Unite ) degli ultimi otto/nove anni muovono da un dato certo : la illiceità di una capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito operata in via unilaterale dalla banca in senso a sé favorevole.

Non può, del resto, negarsi che trattasi di clausola, espressione del prepotere contrattuale delle banche, la quale determina un forte squilibrio a danno del contraente debole, quale è tipicamente il cliente privato della banca costretto ad aderire, in difetto di reali alternative, alle condizioni economiche unilateralmente predisposte ed applicate da tutti gli istituti dei credito.

Come è stato osservato la capitalizzazione trimestrale, applicata dalla banca a senso unico, fa sì che il finanziamento sia gravato, in aggiunta al dichiarato corrispettivo del servizio (e cioè gli interessi al tasso convenzionalmente pattuito), di un ulteriore costo a fronte del quale non si prevede alcuna contropartita, costo che, come si evince dal tenore della citata clausola grava sul cliente-consumatore anche in ipotesi di saldi solo “saltuariamente” debitori (previsione quest’ ultima certamente assai pregiudizievole ed insidiosa per il cliente) .

Mentre rientra nella fisiologia del rapporto contrattuale di conto corrente bancario la discrepanza fra tassi attivi e passivi sicché certamente ciò non implicata alcun profilo di vessatorietà, diversa cosa è la imposizione da parte della banca di un meccanismo contrattuale con cui si autoattribuisce (indiscriminatamente nei rapporti con tutti i clienti) una posizione di certo vantaggio che non trova corrispondenza, in quanto tale, in alcuna specifica controprestazione.

Lo ‘sbilanciamento’ che per tale via viene a concretizzarsi lungi dal temperare gli interessi della parti, rappresenta una chiara esplicitazione del potere ‘normativo’ del soggetto ‘forte’ il quale viene ad imporre alla controparte, in modo tutt’altro che chiaro un costo aggiuntivo al servizio reso.

La vessatorietà della detta clausola, quanto allo squilibrio, appare del resto confermata dalla stessa previsione contenuta nell’ art. 120 del T.U. Bancario e dalla successiva delibera CICR sopra citata la quale ha ammesso la capitalizzazione trimestrale solamente a condizione di reciprocità.

Va, pertanto, dichiarata la vessatorietà della clausola – a tutt’ oggi operante nei rapporti in itinere, intercorrenti con l’ istituto convenuto, sorti anteriormente alla citata delibera – con la quale la banca convenuta applica ai clienti-consumatori, nei rapporti di conto corrente bancario, la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito, e ciò sino al 30.6.2000.

Sulla scorta delle precedenti considerazioni non può, poi, sottacersi che l’ operato della banca la quale, in relazione a tale rinnovato quadro normativo e giurisprudenziale e del carattere certamente vessatorio di detta clausola, a seguito di apposita istanza scritta del cliente (o ex cliente) – consumatore si rifiuti costantemente di ricalcolare il saldo del conto ancora operante ovvero, con riferimento a contratti esauritisi, di restituire le somme incassate in forza della illegittima capitalizzazione degli interessi a debito, ponendo in essere tale comportamento *solo ed esclusivamente* nel presupposto della piena validità ed efficacia della detta clausola, costituisce una condotta anti-giuridica lesiva dei diritti dei consumatori.

Va chiarito in questa sede, al fine di sgombrare il campo dalle contestazioni formulate sul punto dalla XXXXXX, che con la odierna pronuncia non si vuole né si potrebbe escludere il diritto della banca di paralizzare simili istanze sulla base di “eccezioni” afferenti le singole posizioni ed i singoli rapporti (quali, ad esempio, eccezioni di: prescrizione, giudicato, compensazione, carenza di legittimazione attiva e/o passiva) ma si mira a valutare, criticamente, la condotta della banca che respinge dette richieste muovendo *solamente* dalla affermazione della liceità del proprio operato in ordine alla applicazione della suddetta clausola, ritenuta pienamente valida.

E’ sufficiente, al tal proposto, ribadire come possa ritenersi incontroverso che ad oggi la banca convenuta continua paralizzare le istanze dei clienti-consumatori inerenti l’ applicazione dell’

anatocismo sempre e comunque, ed anche in assenza di specifiche eccezioni opponibili al correntista.

Conseguentemente, stante l' accertata illiceità della condotta, va fatto divieto alla XXXXXX di respingere le istanze avanzate da titolari di rapporto di conto corrente (consumatori) finalizzate al ricalcolo della esposizione debitoria previa depurazione della capitalizzazione trimestrale al 30.6.2000 ovvero quelle dirette alla ripetizione di somme corrisposte in eccedenza in virtù della applicata capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito sino a detta data, esclusivamente in ragione della piena validità ed efficacia della menzionata clausola e qualora non abbia alcuna [diversa] eccezione, inerente il singolo rapporto di conto corrente bancario, opponibile al cliente-consumatore.

In accoglimento della specifica istanza avanzata dall' XXXXXXXXXXXX ai sensi dall' art. 140 citato, al fine di meglio assicurare un tutela dei diritti dei consumatori pregiudicati dalla applicazione della detta clausola vessatoria da parte della XXXXXX, attraverso una ampia diffusione della odierna decisione, deve essere disposta la pubblicazione di un breve estratto della presente sentenza (contenente la indicazione degli estremi della controversia, dell' organo giudicante, delle parti e del dispositivo) per una sola volta sui quotidiani "Il Corriere della Sera" ed "Il Giornale di Sicilia" a cura e spese della banca convenuta.

Tale pubblicazione appare sufficiente a garantire i diritti dei consumatori, dovendosi, conseguentemente, rigettare la richiesta attorea finalizzata ad ordinare alla convenuta di inviare ai propri clienti consumatori una missiva contenente indicazioni esplicative in ordine alle vessatorietà della richiamata clausola ed alla illiceità dei propri comportamenti nonché la richiesta diretta ad adottare ogni altra misura idonea a correggere od eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate.

Va, infine, disposto, ai sensi dell' art. 140 7° co, in ipotesi di inadempimento degli obblighi stabiliti nella presente sentenza, decorsi sessanta giorni dalla pubblicazione della stessa, il pagamento da parte della XXXXXX di una somma pari ad € 516,00 per ogni giorno di ritardo.

In applicazione del principio della soccombenza le spese di lite - liquidate in favore di parte attrice in complessivi euro 6.226,00 di cui euro 350,00 per spese vive ed euro 1.000,00 per diritti, oltre iva e cpa e rimborso per spese generali ai sensi della vigente TF - vanno poste a carico della banca convenuta.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

- a) dichiara la vessatorietà della clausola con la quale la XXXXXX S.p.A. applica, ai rapporti di conto corrente bancario intercorrenti con i clienti-consumatori, la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito, e ciò sino al 30.6.2000;
- b) ordina alla XXXXXX S.p.A. di astenersi dal respingere le istanze avanzate da titolari di rapporto di conto corrente (consumatori) finalizzate al ricalcolo della esposizione debitoria previa depurazione della capitalizzazione trimestrale al 30.6.2000 ovvero quelle dirette alla ripetizione di

somme corrisposte in eccedenza in virtù della applicata capitalizzazione trimestrale a debito sino a detta data, esclusivamente in ragione della piena validità ed efficacia della menzionata clausola e qualora non abbia alcuna [diversa] eccezione, inerente il singolo rapporto di conto corrente bancario, opponibile al cliente-consumatore;

c) dispone la pubblicazione di un breve estratto della presente sentenza (contenente la indicazione degli estremi della controversia, dell' organo giudicante, delle parti e del dispositivo) per una sola volta sui quotidiani "Il Corriere della Sera" ed "Il Giornale di Sicilia" a cura e spese della banca convenuta, con formato di dimensioni non inferiori a cm. 20 X cm. 30;

d) dispone, ai sensi dell' art. 140 co. 7 D.L.vo 6 Settembre 2005 n. 206, in ipotesi di inadempimento degli obblighi stabiliti nella presente sentenza, decorsi sessanta giorni dalla pubblicazione della stessa, il pagamento da parte della XXXXXX S.p.A. di una somma pari ad € 516,00 per ogni giorno di ritardo;

e) condanna la banca convenuta al pagamento delle spese processuali liquidate in favore dell' XXXXXX in euro 6.266,00 oltre iva e cpa e rimborso per spese generali ai sensi della vigente TF. Così deciso in Palermo nella Camera di Consiglio della XXXXXXXXXXXXXXXX del Tribunale in data 26 Ottobre 2007

Il Presidente est.

**Cassazione civile Sez. I 21.05.2008, n. 13051 Consumerismo, clausole vessatorie, nullità, inibitoria (2009-05-12)**

Svolgimento del processo

Con atto di citazione del 17 dicembre 1997 il Movimento Federativo Democratico ha convenuto davanti al tribunale di Roma l'Associazione Bancaria Italiana (ABI), la Banca Fideuram s.p.a. e la Banca Popolare di Milano s.c.r.l. chiedendo che fosse accertata l'abusività di alcune clausole predisposte dall'ABI come condizioni generali di contratto e che, quindi, ne fosse inibita l'utilizzazione, sia nei rapporti futuri sia in quelli pendenti, con ordine alle convenute di rettificarle mediante lettera circolare da indirizzare alla clientela e con pubblicazione integrale, o per estratto, della sentenza su quotidiani nazionali.

Costituendosi, l'ABI ha eccepito la carenza di legittimazione attiva del Movimento Federativo Democratico, perché privo del requisito della rappresentatività della generalità dei consumatori (anche ai sensi della L. n. 281 del 1998), e la carenza della propria legittimazione passiva, deducendo di non essere associazione di professionisti utilizzatrice delle condizioni generali di

contratto. Nel merito ha chiesto il rigetto delle domande, opponendosi in particolare alla richiesta di pubblicazione del provvedimento in quanto di natura emulativa. Analoghe eccezioni e deduzioni sono state svolte dalla Banca Popolare di Milano e dalla Banca Fideuram.

E' intervenuto in giudizio il Comitato Consumatori Altroconsumo, facendo proprie le conclusioni svolte dal Movimento Federativo Democratico. Le convenute hanno eccepito la carenza di legittimazione attiva, per difetto di rappresentatività, e la tardività dell'intervento.

Con sentenza del 21 gennaio 2000 il tribunale:

- 1) ha ritenuto la sussistenza della legittimazione attiva dell'attore e dell'intervenuto, trattandosi di associazioni rappresentative di interessi diffusi dei consumatori alle quali, ai fini dell'azione inibitoria ex art. 1469 sexies c.c. non era applicabile la L. n. 281 del 1998 (peraltro entrata in vigore dopo l'instaurazione della causa);
- 2) ha accertato la legittimazione passiva dell'ABI in quanto l'art. 7 della direttiva CEE 93/13 fa riferimento anche alle associazioni di professionisti che raccomandano l'inserzione di clausole;
- 3) ha dichiarato ammissibile e tempestivo l'intervento del Comitato Consumatori Altroconsumo;
- 4) accogliendo in misura pressoché integrale la domanda, ha dichiarato abusive numerose clausole, inibendone l'uso sia nei rapporti pendenti che in quelli futuri, ordinando alle convenute di dare notizia della sentenza a mezzo lettera circolare e disponendo la pubblicazione del dispositivo su tre quotidiani;
- 5) ha rigettato la domanda relativa a clausole destinate a disciplinare rapporti contrattuali con soggetti diversi dai consumatori e di quelle che erano state già tolte dalle condizioni generali dei contratti di apertura di credito.

La Corte d'appello di Roma, con sentenza del 24 settembre 2002, ha parzialmente riformato la sentenza - di primo grado, rigettando la domanda di Cittadinanzattiva (già Movimento Federativo Democratico) e del Comitato Consumatori Altroconsumo relativamente ad alcune clausole.

Per quello che ancora rileva in questa sede la Corte territoriale ha affermato:

- a) quanto alla legittimazione passiva dell'ABI, che la previsione, nel testo dell'art. 1469 sexies c.c., della legittimazione passiva delle associazioni di professionisti che "utilizzano" condizioni generali, a differenza da quanto previsto nell'art. 7 della direttiva CEE 93/13, secondo cui sono passivamente legittimati all'azione inibitoria anche le associazioni di professionisti che "raccomandano" l'inserzione di clausole generali, non può essere interpretata come manifestazione della volontà del legislatore di limitare la legittimazione ai soli soggetti contraenti, potendosi ritenere compresa implicitamente nella nozione di utilizzazione anche quella di elaborazione, diffusione e espressione di parere positivo di utilizzabilità delle clausole; l'autorevolezza delle raccomandazioni dell'ABI sarebbe rilevata dall'espressione "norme bancarie uniformi" con la quale, fino a un recente passato, venivano indicate le condizioni generali elaborate dall'associazione, alle quali era anche riconosciuta natura di raccolta di usi con valore normativo; la legittimazione passiva dell'ABI è simmetrica a quella delle associazioni dei consumatori, con l'aggiunta che la rappresentanza del settore avrebbe per l'ABI natura monopolistica;

b) quanto alla clausola riguardante il servizio delle cassette di sicurezza - nella parte in cui, dopo aver fatto obbligo al cliente di dichiarare il massimale assicurativo adeguato a coprire il rischio della banca, prevede che il cliente stesso sottoscriva una dichiarazione integrativa con la quale prende atto che la banca avrà titolo per richiedere il risarcimento di eventuali danni subiti in conseguenza della mancata corrispondenza del massimale indicato all'effettivo valore delle cose contenute nella cassetta - che:

1) non è chiaro se la clausola preveda l'esclusione del risarcimento per valore eccedente il massimale dichiarato o una facoltà di rivalsa;

2) la clausola stessa costituisce elusione del principio di cui all'art. 1229 c.c. sulla base del quale il risarcimento è dovuto per intero quando la perdita è dovuta a dolo o colpa grave della banca, perché finisce per trasferire il danno sul cliente, sulla base di una sua violazione della buona fede in contrahendo che è irrilevante a fronte dell'assorbente responsabilità della banca;

3) più che vessatoria, la clausola sarebbe in realtà nulla;

4) il danno derivante dall'infedele dichiarazione del cliente, peraltro, potrebbe essere neutralizzato da un'adeguata copertura assicurativa, che prescindendo dalla dichiarazione stessa e assuma la funzione di una voce dei costi generali d'impresa, da distribuire tra tutti gli utenti del servizio;

c) quanto alla facoltà della banca di modificare le "norme" relative ai conti correnti di corrispondenza e servizi connessi, per adeguarle a nuove disposizioni di legge ovvero a proprie necessità organizzative, e di mutare le condizioni economiche del rapporto, anche in senso sfavorevole al correntista, con il solo limite del rispetto delle condizioni previste dal D.Lgs. n. 385 del 1993, senza che, in entrambi i casi, sia richiesto un giustificato motivo, come previsto dall'art. 1469 bis c.c., comma 4, n. 2, che, da un lato, le esigenze organizzative sono una formula vaga che finirebbe per rendere legittima qualsiasi determinazione unilaterale della banca, comportando un significativo squilibrio sinallagmatico in danno del consumatore, e, dall'altro, che il R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375, art. 118, che prevede il diritto della banca di modificare le condizioni contrattuali economiche, con il solo limite che ciò sia oggetto di una preventiva pattuizione, deve essere integrato con la successiva disciplina delle clausole vessatorie, che, come già osservato, richiede un giustificato motivo;

d) quanto, infine, all'efficacia temporale dell'inibitoria, che doveva confermarsi l'applicazione anche ai contratti in corso, perché:

1) la dichiarazione di invalidità di una disposizione negoziale ha effetto ex tunc, anche sui rapporti contrattuali di durata, con il solo limite dei rapporti esauriti, come è confermato dal fatto che, a seguito dell'orientamento giurisprudenziale formatosi in tema di nullità delle clausole che prevedevano l'anatocismo bancario, è stata emanata una norma di legge di sanatoria (D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 25, comma 3, dichiarato incostituzionale con sentenza n. 425 del 2000);

2) a ritenere il contrario, le clausole dichiarate abusive avrebbero effetti ultrattivi, con disparità di trattamento tra rapporti identici contemporaneamente in vigore;

3) l'inibizione dell'uso non si riferisce al solo atto istantaneo dell'inserzione della clausola in un nuovo contratto, ma alla costante utilizzazione delle clausole vessatorie che, altrimenti, nei rapporti di durata prolungata, potrebbero continuare ad applicarsi indefinitamente.

Avverso la sentenza della corte d'appello di Roma ha proposto ricorso per Cassazione articolato in tre motivi la Banca Popolare di Milano, resistono con controricorso Cittadinanzattiva e l'associazione Altroconsumo (già Comitato Consumatori Altroconsumo), l'ABI e la Banca Fideuram hanno anche proposto ricorsi incidentali "adesivi", ciascuno affidato a due motivi (mediante rinvio ai propri ricorsi autonomi).

L'ABI ha proposto anche autonomo ricorso affidato a due motivi, al quale resistono con controricorso Cittadinanzattiva e Altroconsumo, Banca Popolare di Milano e Banca Fideuram hanno proposto ricorsi incidentali "adesivi" affidati, rispettivamente a tre e a due motivi (mediante rinvio ai propri ricorsi autonomi). Altro ricorso principale, articolato in due motivi, ha proposto Banca Fideuram, al quale resistono con controricorso Cittadinanzattiva e Altroconsumo, l'ABI e Banca Popolare hanno anche proposto ricorsi incidentali "adesivi" affidati, rispettivamente a tre e a due motivi. Banca Popolare di Milano, ABI, Cittadinanza attiva e Altroconsumo hanno presentato memorie.

Con atto del 28 dicembre 2006 Banca Fideuram ha rinunciato al ricorso principale e ai ricorsi incidentali "adesivi" proposti. La rinuncia è stata accettata da Cittadinanzattiva e Altroconsumo.

Motivi della decisione

I tre ricorsi autonomamente proposti, nonché i ricorsi incidentali della Banca Popolare di Milano, dell'ABI e della Banca Fideuram, in quanto diretti nei confronti della stessa sentenza, debbono essere riuniti.

1. Il giudizio instaurato con il ricorso di Banca Fideuram (r.g. n. 27056/2003) e nel quale hanno proposto ricorsi incidentali "adesivi" la Banca Popolare di Milano (r.g. n. 3073/2003 r.g.) e l'ABI (r.g. n. 30778/2003), deve dichiararsi estinto a seguito della rinuncia della ricorrente principale che riflette i suoi effetti anche sui ricorsi incidentali "adesivi", con compensazione delle spese tra le parti.

2.1. In ordine logico deve essere esaminato, innanzi tutto, il primo motivo del ricorso dell'ABI, con il quale, deducendo la violazione dell'art. 1469 sexies. c.c. e dell'art. 100 c.p.c., nonché vizio di motivazione, censura la sentenza impugnata per avere respinto la propria eccezione di difetto di legittimazione passiva.

La ricorrente non contesta che, alla luce dell'art. 7 della direttiva Cee 93/13 (e come risulta confermato dal testo dell'art. 1469 sexies c.c. modificato con la L. n. 14 del 2003, art. 6) l'azione inibitoria generale può essere esercitata non solo nei confronti delle associazioni di professionisti che utilizzano le condizioni generali, ma anche nei confronti di quelle che ne "raccomandano" l'utilizzo.

Sostiene, tuttavia, che la "raccomandazione" non può consistere nella semplice elaborazione e diffusione delle clausole, e neppure nell'espressione di un parere positivo circa l'utilizzabilità, implicito nella stessa diffusione, ma richiede che l'associazione solleciti, favorisca o caldeggi

l'inserimento delle clausole nei contratti dei propri associati. Ora, se è vero che fino al provvedimento n. 12/94 della Banca d'Italia, che l'aveva invitata a precisare che quelle che all'epoca venivano indicate come "norme bancarie uniformi" non avevano valore vincolante o di raccomandazione, l'associazione effettivamente aveva svolto attività, appunto, di "raccomandazione" dell'utilizzazione delle clausole, dopo questa data tale attività era cessata essendosi l'ABI limitata a prestare attività di consulenza, come risulterebbe sia dalla precisazione, contenuta nelle periodiche comunicazioni agli associati, del carattere non vincolante delle clausole predisposte, sia dalla sentenza della corte di giustizia Ce 21 gennaio 1999, nella cause riunite n. 215/96 e 216/96, che ha dato atto del mutamento intervenuto nell'attività svolta. E poiché la legittimazione passiva, come condizione dell'azione, deve sussistere al momento della decisione, il giudice del merito avrebbe dovuto tenere conto del fatto che era venuta meno l'attività di "raccomandazione" dell'utilizzazione delle clausole, mentre la corte d'appello aveva ommesso di motivare sul punto.

La sentenza impugnata, inoltre, sarebbe caduta in due contraddizioni.

Da un lato, per confermare l'autorevolezza della "raccomandazione", la corte territoriale ha fatto riferimento alle norme bancarie uniformi e alla opinione che costituissero una raccolta di usi, dotate di costante efficacia conformativa dei contratti stipulati dalle banche, e, dall'altro, non ha potuto non dare atto che quella denominazione e quella natura di uso normativo sono state superate dall'orientamento della giurisprudenza di questa corte. Peraltro, l'insussistenza di un'attività di "raccomandazione" sarebbe dimostrata anche nel presente giudizio dalla circostanza che le due banche inizialmente convenute utilizzavano clausole diverse tra loro.

Né era fondato il rilievo del carattere monopolistico della rappresentanza del settore bancario, smentito dall'esistenza di altre associazioni bancarie, come quella delle banche popolari e delle banche di credito cooperativo, e dalla citata sentenza della corte di giustizia CE che ha escluso l'esistenza di una posizione dominante collettiva.

Ulteriore contraddizione viene evidenziata nel fatto che, dopo avere escluso che l'accoglimento dell'azione inibitoria abbia una portata invalidante assoluta delle clausole, ben potendo le clausole dichiarate abusive essere validamente inserite nei singoli contratti se, per effetto delle trattative individuali, sia eliminato lo squilibrio delle prestazioni, la corte territoriale non ha ordinato alla ricorrente di cessare dalla (peraltro inesistente) attività di raccomandazione, ma le ha inibito di utilizzare le clausole abusive.

Poiché l'ABI non stipula né ha mai stipulato (né potrebbe stipulare) contratti individuali, l'inibitoria non può avere altro effetto che escludere definitivamente le clausole giudicate abusive dai propri formulari, proprio, quindi, un effetto invalidante assoluto che lo stesso giudice del merito aveva dichiarato di non poter produrre.

2.2. Il motivo, a parte i profili che attengono alla sussistenza in concreto dei caratteri di "raccomandazione" o uso" nell'attività svolta dall'ABI, che non sono ammissibili in questa sede, non è fondato.

L'accertamento della legittimazione passiva all'azione inibitoria è stato effettuato dalla corte d'appello in presenza del testo dell'art. 1469 sexies c.c. anteriore alla modifica apportata con la L. 3 febbraio 2003, n. 14, art. 6, che, in esecuzione della sentenza della corte di giustizia CE 24 gennaio 2002 in causa n. 372/1999, ha aggiunto al comma 1 della disposizione il riferimento ai professionisti o alle associazioni di professionisti "che raccomandano l'utilizzo" di condizioni generali, così rendendo conforme la disciplina nazionale all'art. 7 della direttiva CE n. 93/13 e facendo venir meno l'accertata violazione degli obblighi comunitari. Il giudice del merito, proprio allo scopo di dare alla norma interna un'interpretazione conforme alla direttiva di cui avrebbe dovuto costituire attuazione e in conformità con la dottrina, ha fatto propria una nozione molto ampia dell'"utilizzo", tale da comprendere l'elaborazione, la diffusione e l'espressione di parere positivo sull'utilizzabilità delle clausole. D'altra parte, poiché la norma prende in considerazione non solo i professionisti, ma anche le associazioni di professionisti, che, per loro natura, non utilizzano direttamente le clausole in contratti individuali, una diversa e più restrittiva interpretazione avrebbe finito non solo per aggravare il contrasto con la direttiva comunitaria, ma anche per abrogare la previsione della legittimazione passiva delle associazioni di professionisti.

Comunque, come anche la ricorrente ammette in questa sede, l'allargamento della legittimazione passiva ai professionisti e alle associazioni di professionisti che non solo utilizzano ma anche raccomandano l'utilizzo delle clausole, non è più oggetto di una mera attività di interpretazione, doverosamente conforme alla direttiva CE di cui si tratta, ma di un'espressa disciplina rispetto alla quale l'interpretazione seguita dalla corte territoriale appare coerente.

Infatti, l'elaborazione e la diffusione (nella quale, come esattamente rileva la ricorrente, è implicito il parere positivo circa l'utilizzazione) di clausole da parte di un'associazione di imprese, portatrice di un interesse di categoria, non consiste in una mera attività di studio di modelli e di consulenza teorica, in quanto il predetto interesse può essere soddisfatto solo attraverso l'inserimento delle clausole nei contratti individuali stipulate dalle imprese associate, perché solo in questo modo si realizza l'interesse delle imprese bancarie alla standardizzazione degli strumenti contrattuali con conseguente riduzione dei costi, onde a tale inserimento le attività di elaborazione e diffusione sono necessariamente indirizzate. Che tali attività abbiano influenza sul mercato dipende, poi, certamente dal grado di rappresentatività e quindi di autorevolezza dell'associazione. E poiché è notorio e, comunque è pacifico tra le parti, che l'ABI rappresenta autorevolmente se non la totalità, certamente una larghissima parte delle imprese bancarie, non può escludersi che l'attività di elaborazione e diffusione di clausole indirizzata all'inserimento nei contratti individuali è idonea a influire sul mercato.

2.3. L'omessa valutazione da parte della corte territoriale dell'invito a non considerare vincolanti le clausole contrattuali predisposte, contenuto nelle lettere circolari dell'ABI successive al 1995, e della sentenza della corte di giustizia CE del 21 gennaio 1999, in cause riunite n. 215/96 e 216/96, non configura un vizio di motivazione censurabile in questa sede, in quanto nessuna delle due circostanze ha valore decisivo.

Non la prima, perché la “raccomandazione” è logicamente incompatibile con il carattere vincolante della clausola, essendo evidente che, se la clausola avesse tale natura, sarebbe sufficiente la semplice diffusione di conoscenza. D'altra parte, mai nei precedenti giudizi si è discusso tra le parti circa la natura vincolante delle clausole elaborate e diffuse dall'ABI, essendo pacifico tra le parti che, anche a seguito dell'evoluzione della giurisprudenza sul punto, tali clausole hanno natura di condizioni generali di contratto.

Né è decisiva la citata sentenza della corte di giustizia (in un giudizio avente ad oggetto l'accertamento dell'eventuale contrasto di alcune norme bancarie uniformi - così denominate nella sentenza stessa - utilizzate in contratti conclusi tra il 1989 e il 1992, con l'art. 85, n. 1 e l'art. 86 del trattato CE) perchè la corte stessa si è limitata a dare atto, nella parte descrittiva delle vicende rilevanti per il processo, della precisazione inserita dall'ABI, su richiesta della Banca d'Italia, circa il carattere non vincolante delle clausole, ma, come si già osservato, tale precisazione non di per sè idonea a escludere che l'attività di elaborazione e diffusione di condizioni generali di contratto da inserire nei contratti individuali abbia natura di “raccomandazione” o di “uso” in senso lato.

2. 4. Non sussistono neppure le denunciate contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata.

La corte d'appello ha correttamente dato atto che, “fino a un recente passato” le cosiddette norme bancarie uniformi erano ritenute avere natura di raccolta di usi normativi, con ciò accertando che tale natura non era più riconosciuta al momento della decisione. Il riferimento alla passata esperienza delle cosiddette norme bancarie uniformi è stata infatti utilizzata solo come una delle argomentazioni sulle quali si è basato il giudizio di autorevolezza delle raccomandazioni dell'ABI e non ha certo il significato di affermare l'attuale “vigenza” delle predette norme”.

Quanto alle considerazioni svolte (al fine di accertare in quale modo si distribuisce l'onere della prova dell'abusività delle clausole) sulla natura relativa e non assoluta dell'“effetto invalidante” dell'accertamento della vessatorietà - nel senso che la clausola inserita nelle condizioni generali predisposte dall'ABI e dichiarata vessatoria, può validamente essere inserita in un singolo contratto se, a seguito di trattative individuale, sia superato lo squilibrio contrattuale derivante dalla previsione generale - deve rilevarsi che si tratta di considerazioni del tutto corrette, che non confliggono con il fatto che per la natura stessa dell'associazione, che non stipula contratti bancari individuali, il predetto “effetto invalidante” finirebbe per diventare assoluto, invece che relativo.

Infatti se fossero fondati i rilievi della ricorrente la norma che prevede la legittimazione passiva all'azione inibitoria delle associazioni di professionisti sarebbe sempre inapplicabile, perchè in ogni caso l'accertamento dell'abusività e la conseguente inibizione dell'uso produrrebbero l'effetto “assoluto” denunciato.

3.1. Con il secondo motivo dell'autonomo ricorso la Banca Popolare di Milano, deducendo la violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 118 recante il t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia, dell'art. 1469 ter c.c., comma 3, in relazione all'art. 1469 bis c.c., comma 5 e dell'art. 1469 bis c.c., comma 1, e vizio di omessa e contraddittoria motivazione, censura la dichiarazione di vessatorietà della clausola delle condizioni generali con la quale si

prevede che “La banca si riserva la facoltà di modificare le condizioni economiche applicate ai rapporti regolati in conto corrente, rispettando, in caso di variazioni in senso sfavorevole al correntista, le prescrizioni del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e delle relative disposizioni di attuazione”.

Poiché l’art. 1469 ter c.c., comma 3, esclude dalla valutazione giudiziale di vessatorietà le clausole riprodotte di disposizioni di legge e la clausola di cui si tratta sarebbe conforme a quanto previsto D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 118, erroneamente la corte territoriale ne ha dichiarato il carattere abusivo.

In senso contrario non potrebbe invocarsi il disposto dell’art. 1469 bis c.c., comma 5, che richiede l’esistenza di un giusto motivo per escludere la vessatorietà della clausola che, nei contratti aventi ad oggetto prestazioni di servizi finanziari, prevede la facoltà del professionista di modificare il tasso d’interesse o qualunque altro onere relativo alla prestazione originariamente prevista. Tale norma non avrebbe effetto derogatorio del D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 118, come ritenuto dalla corte territoriale, perché non sarebbe ipotizzabile che le autorità comunitarie, nell’approvare la direttiva 93/13, di cui l’art. 1469 bis c.c. costituisce tardiva attuazione nel diritto interno, avessero intenzione di abrogare la norma del t.u. bancario, dovendo piuttosto desumersi dall’art. 1469 ter c.c., comma 3, l’intento di coordinare la nuova disciplina dei contratti dei consumatori con quella preesistente. Anzi, se fosse fondata la tesi seguita dalla corte d’appello, ne deriverebbe l’abrogazione dell’art. 1469 ter c.c., comma 3, che invece costituisce attuazione di quanto previsto nell’art. 1, 2 comma e nel “considerando” n. 13 della direttiva CE 93/13.

Né potrebbe attribuirsi efficacia abrogativa del D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 118, t.u. bancario all’art. 1469 bis c.c., comma 5 per il fatto di essere entrato in vigore successivamente, perché l’art. 118 t.u. bancario ha natura speciale rispetto alla disciplina generale dei contratti dei consumatori e, comunque, ha ad oggetto la prestazione non di servizi finanziari e ma di servizi bancari.

Infine, la clausola di cui si tratta sarebbe conforme a buona fede, in senso oggettivo, non potendo ipotizzarsi la violazione dei doveri di correttezza nella predisposizione di clausole conformi a legge.

3.2. il motivo è ammissibile.

Contrariamente a quanto sostenuto dal controricorrente Altroconsumo, la ricorrente non censura l’accertamento in concreto del carattere vessatorio della clausola, ammesso che un accertamento di tale natura sia possibile rispetto alle condizioni generali di contratto predisposte dal professionista o dall’associazione di professionisti, ma critica l’applicazione delle norme (art. 18 t.u. bancario e art. 1469 bis c.c., comma 5) di cui si tratta, in quanto sarebbe basata su un’erronea interpretazione delle norme stesse.

Per altro verso, l’interesse al ricorso non è venuto meno a seguito dell’entrata in vigore del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, art. 10, introdotto con la Legge di Conversione n. 28 del 2006, che ha modificato l’art. 118 t.u. bancario, subordinando l’esercizio della facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni del contratto alla sussistenza di un giustificato motivo e al rispetto dell’art. 1341 c.c., comma 2 non essendovi alcun elemento per ritenere che la modifica legislativa abbia natura interpretativa e non innovativa, con la conseguenza che la

modifica stessa è irrilevante nel presente giudizio che ha ad oggetto una clausola predisposta in epoca anteriore all'entrata in vigore della nuova disciplina.

3.3. Il motivo non è fondato.

Innanzitutto, la necessità di interpretare l'art. 1469 ter c.c., comma 2 in conformità con la direttiva n. 93/13 impone di limitarne la portata alle clausole che riproducono norme che direttamente o indirettamente disciplinano clausole di contratti con consumatori, come si desume dal tredicesimo "considerando" della direttiva citata, mentre l'art. 118 t.u. bancario si riferisce a tutti i contratti bancari, siano essi stipulati con consumatori o non. Inoltre, per escludere la vessatorietà di una clausola ai sensi dell'art. 1469 ter c.c., comma 3 è necessario che la stessa si limiti a riprodurre, anche se non in senso formalistico, ma contenutistico, il nucleo precettivo di una norma imperativa, mentre restano soggette al controllo giudiziale di vessatorietà quelle clausole con le quali il predisponente si avvale autonomamente di una facoltà che la norma gli riconosce, nei limiti in cui tale riconoscimento opera. Questo è il caso dell'art. 118 t.u. bancario, che, insieme con l'art. 117, 5 comma, detta i limiti entro i quali la banca può esercitare la facoltà convenzionale di modificare unilateralmente e in senso sfavorevole al cliente le condizioni economiche del contratto.

Inoltre, la norma sui contratti dei consumatori la cui "riproduzione" avrebbe potuto sottrarre la clausola al giudizio di vessatorietà non può essere quella di cui all'art. 118 t.u. bancario, che disciplina anche i contratti con soggetti diversi dai consumatori, ma soltanto l'art. 1469 bis c.c., comma 5 che richiede la sussistenza del giustificato motivo per escludere la vessatorietà della clausola che riconosce al professionista la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni economiche del contratto avente ad oggetto prestazioni finanziarie.

Tali rilievi rendono non decisiva l'indagine circa l'effetto abrogativo da riconoscere all'art. 1469 bis c.c., comma 5 rispetto all'art. 118 t.u. bancario.

Per la soluzione del problema relativo all'individuazione della norma applicabile è poi irrilevante il rilievo della "derivazione" comunitaria della disposizione codicistica o le valutazioni compiute da organi amministrativi circa la prevalenza dell'una o dell'altra norma.

Infine, quanto all'irrelevanza della buona fede in senso oggettivo nel caso di specie, a fronte dell'espressa previsione di cui all'art. 1469 bis c.c., comma 5, è evidente che l'affermazione secondo la quale la clausola di cui si tratta non potrebbe mai porsi in contrasto con il dovere di correttezza, essendo riprodotiva dell'art. 118 t.u., si risolve in una petizione di principio, dovendosi prima dimostrare sia l'applicabilità della predetta disposizione e sia la natura "riproduttiva" della clausola stessa.

4.1. Con il terzo motivo la Banca Popolare di Milano, deducendo la violazione e falsa applicazione degli articoli 1229, 1469 bis, 2697, 2059, 1460 e 1469 ter. c.c. e vizio di motivazione, critica la dichiarazione di vessatorietà delle clausole delle condizioni generali relative al servizio di cassette di sicurezza con le quali il risarcimento dei danni derivanti dalla sottrazione, dal danneggiamento o dalla distruzione delle cose custodite viene limitato ai danni comprovati e obbiettivi, con esclusione del valore d'affezione, tenendo conto del massimale assicurativo adeguato a coprire il rischio della banca che il cliente deve dichiarare e con il riconoscimento del diritto della banca al risarcimento

dei danni subiti in conseguenza della mancata corrispondenza tra l'effettivo valore delle cose contenute in cassetta e il massimale dichiarato.

Analoga censura alla sentenza impugnata muove l'ABI, con il secondo motivo del suo ricorso, deducendo la violazione o falsa applicazione degli articoli 1225, 1375 e 1469 bis c.c. e vizio di motivazione.

La corte territoriale, osservando entrambe le ricorrenti, ha motivato la conferma della dichiarazione di vessatorietà delle clausole facendo esclusivo riferimento alla violazione dell'art. 1229 c.c. che deriva dalla limitazione del risarcimento nel caso in cui la perdita delle cose custodite derivi da dolo o colpa grave della banca. Ma dalla rilevata violazione, secondo la stessa sentenza impugnata, deriva non la vessatorietà, ma la nullità della clausola, che esclude l'idoneità della clausola stessa a provocare un significativo squilibrio delle prestazioni. Inoltre, la conferma della dichiarazione di vessatorietà delle clausole, nel loro complesso, si pone in contrasto con la limitazione della nullità ai casi di perdita delle cose custodite derivante da dolo o colpa grave.

In tali casi la previsione dell'obbligo del cliente di dichiarare il valore delle cose custodite e la limitazione del risarcimento, in caso di violazione di detto obbligo, è conforme alla disciplina legale, il cui contenuto è riprodotto dalle clausole di cui si tratta (che in particolare sono riprodotte delle regole sulla distribuzione dell'onere della prova, di cui all'art. 2697 c.c.; dei limiti di risarcibilità del danno non patrimoniale: art. 2059 c.c.;

del diritto del contraente adempiente di rifiutare la prestazione in caso di inadempimento dell'altra parte: art. 1460 c.c.; dell'obbligo generale di correttezza e buona fede, dal quale derivano i più specifici obblighi di informazione e di collaborazione: art. 1375 c.c. e della limitazione del risarcimento ai danni prevedibili: art. 1225 c.c.) e non comporta nessun squilibrio delle prestazioni, essendo il pregiudizio economico del cliente conseguenza delle sue violazioni degli obblighi di correttezza.

Rilevano, infine, le ricorrenti, che erroneamente la corte territoriale ha affermato che il danno derivante dall'infedele dichiarazione preventiva del cliente potrebbe essere neutralizzato da un'adeguata copertura assicurativa, perché nessuna copertura sarebbe possibile in caso di impossibilità di attendibile valutazione del rischio.

#### 4.2. Il motivo non è fondato.

La sentenza impugnata, nel confermare integralmente la dichiarazione di vessatorietà delle clausole sopra indicate pronunciata dal tribunale - sulla base del duplice rilievo della scarsa chiarezza e trasparenza e del significativo squilibrio dei diritti e obblighi contrattuali che deriva dalla previsione dell'eventuale risarcimento dei danni a carico del cliente - ha limitato il suo esame al profilo relativo al limite della risarcibilità dei danni subiti a causa della perdita delle cose custodite, affermando che sia che si intenda la clausola come esclusione del risarcimento dei danni eccedenti il valore dichiarato, sia che la clausola stessa debba essere interpretata come previsione di un diritto di rivalsa in caso di risarcimento per valori superiori al massimale indicato dal cliente, si verificherebbe un'elusione di quanto disposto dall'art. 1229 c.c. per il caso che la perdita sia conseguenza del comportamento doloso o gravemente colposo della banca. Ma, dopo avere

ribadito, in conformità con il costante orientamento di questa corte (a partire dalla sentenza delle sezioni unite n. 6225/1995, seguita da Cass. n. 8820/1995, 750/1997, 1355/1998, 9640/1999, 1682/2000, 4946/2001, 3389/2003, 9902 e 14462/2004) che la clausola di esonero o di limitazione della responsabilità in caso di dolo o colpa grave della banca è nulla, la corte territoriale, richiamando espressamente la sentenza di questa corte n. 4946 del 2001 ha affermato che, indipendentemente da tale nullità (e quindi al di là delle ipotesi di dolo o colpa grave) la clausola è affetta da un concorrente vizio di vessatorietà. Con ciò deve intendersi che la corte territoriale abbia anche fatto rinvio alle argomentazioni utilizzate dalla predetta sentenza n. 4946/2001 secondo cui la clausola di cui si discute, comunque, comporta uno “squilibrio” a carico del cliente - consumatore ex art. 1469 bis c.c., e, ancora più specificamente, anche se ha formato oggetto di trattativa, determina, in caso di inadempimento (per colpa lieve) della banca, una limitazione nella proposizione dell'azione risarcitoria nei confronti della stessa (art. 1469 quinquies c.c., comma 2, n. 2).

A parte dunque la correttezza, riconosciuta dalla ricorrente Banca Popolare di Milano, dell'affermazione relativa alla possibile concorrenza del giudizio di validità e di quello di inefficacia per vessatorietà della stessa clausola, con riferimento ai diversi parametri sostanziali previsti, rispettivamente dall'art. 1229 c.c. e dagli articoli 1469 bis e seguenti c.c. e alle diverse tutele, individuali o collettive, all'interno delle quali i parametri possono essere utilizzati, non sussiste la denunciata contraddizione tra la conferma dell'accertamento della vessatorietà delle clausole e il richiamo all'orientamento secondo il quale è nulla la limitazione o l'esclusione del risarcimento dei danni da perdita delle cose custodite in cassette di sicurezza in caso di dolo o colpa grave della banca, trattandosi di affermazioni tra loro compatibili in quanto relative ad effetti giuridici appartenenti a piani diversi.

Deve inoltre rilevarsi che tra le parti non è controverso che le clausole di cui si tratta prevedano, direttamente o indirettamente, l'esclusione o la limitazione dei diritti o delle azioni che il cliente può esercitare in caso di inadempimento della banca e pertanto deve confermarsi quanto rilevato nella sentenza n. 4946/2001, e cioè che la clausola stessa rientra nella previsione dell'art. 1469 bis c.c., comma 3, n. 2 o dell'art. 1469 quinquies c.c., comma 2, n. 2 a seconda che abbia o non formato oggetto di trattativa.

Per superare la presunzione di vessatorietà di cui all'art. 1469 bis c.c., comma 2, e la sanzione di inefficacia prevista dall'art. 1469 quinquies c.c., comma 2 le ricorrenti affermano che la clausola di cui si tratta sarebbe riproduttiva di norme di legge (art. 1469 ter c.c., comma 3) e che non sussisterebbe il significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto.

Il primo profilo, a parte che non risulta abbia formato oggetto di dibattito tra le parti nel giudizio d'appello, appare infondato, potendo al massimo discutersi della conformità o meno delle clausole alle norme richiamate, ma non certo di un carattere riproduttivo delle clausole stesse rispetto alla pluralità e varietà dei contenuti precettivi delle indicate disposizioni. Il secondo profilo, inoltre, nei limiti in cui nel giudizio promosso con azione inhibitoria collettiva è consentito l'accertamento in concreto della vessatorietà, in relazione all'esistenza o meno del significativo squilibrio dei diritti e

obblighi contrattuali, contiene una censura inammissibile in questa sede, non potendo sfuggire all'alternativa tra l'irrelevanza, ai fini del predetto accertamento, di argomentazioni meramente astratte, e l'incensurabilità di un giudizio di fatto.

5.1. Con il primo motivo del suo ricorso la Banca Popolare di Milano, deducendo la violazione e falsa applicazione dell'art. 1469 sexies c.c., comma 1 e art. 12 preleggi e art. 2909 c.c. e vizio di motivazione, censura, con una complessa e articolata argomentazione, l'estensione degli effetti dell'inibitoria ai rapporti contrattuali già in essere al momento della pronuncia.

Premesso il principio del dovere del giudice nazionale di interpretare le norme di diritto interno in conformità con le direttive comunitarie di cui costituiscono attuazione, incorrendo in caso contrario nella violazione delle regole in tema di gerarchia delle fonti, la ricorrente lamenta che il giudice del merito abbia interpretato l'art. 1469 sexies c.c. nella parte in cui prevede il potere di inibire "l'uso" delle condizioni ritenute vessatorie, nel senso di possibilità di inibire l'utilizzazione delle predette clausole nei contratti già conclusi e non nel senso di attribuzione del potere di "far cessare l'inserzione" di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, come previsto nel "considerando" n. 24 e nell'art. 7, 1 e 3 comma della direttiva CEE 93/13, così come interpretata anche da corte giustizia CE 24 gennaio 2002, in causa n. 372/99, che ha esplicitamente affermato che le azioni inibitorie collettive hanno "natura preventiva e finalità dissuasiva". La necessità dell'interpretazione conforme al diritto comunitario è stata anche alla base dell'intervento del legislatore nazionale il quale, con la L. n. 14 del 2003, art. 6 ha aggiunto all'art. 1469 sexies c.c., comma 1, il riferimento all'attività di "raccomandazione dell'utilizzo" di clausole, che sarebbe corrispondente all'espressione "raccomandano l'inserzione", di cui al terzo comma dell'art. 7 della direttiva.

La ricorrente, inoltre, rileva che la giurisprudenza di merito e la dottrina ritengono che l'azione inibitoria collettiva abbia lo scopo di impedire l'inserzione delle clausole ritenute vessatorie nei contratti stipulati successivamente al provvedimento giudiziale e che tale interpretazione non ha suscitato reazioni negli organi comunitari che certamente avrebbero iniziato una procedura d'infrazione se fosse stata difforme dalla direttiva.

Né la difforme interpretazione sostenuta dalla sentenza impugnata potrebbe giustificarsi con la necessità di evitare una disparità di trattamento tra i clienti che hanno stipulato prima, rispetto a quelli che stipulano dopo il provvedimento giudiziario e quindi una violazione del principio d'eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., perchè, per la diversità dei piani sui quali si svolgono la tutela collettiva e quella individuale, la diversità di trattamento non dipenderebbe dalla mancata estensione degli effetti dell'inibitoria, ma dall'inerzia del singolo cliente a far valere i propri diritti individuali. Conseguentemente, la disparità di trattamento sarebbe legittimamente superata solo dal fatto che i "vecchi" clienti facciano valere le proprie pretese a fronte delle quali la banca potrebbe stipulare nuovi contratti nei quali non sarebbe possibile inserire le clausole dichiarate vessatorie. Sarebbe piuttosto l'interpretazione seguita dal giudice del merito, che, avendo per effetto la sostituzione indebita della tutela collettiva alle iniziative individuali, verrebbe a violare il diritto

dell'impresa a disciplinare i rapporti con i clienti sulla base di contratti standard, in tal modo contenendo i costi.

La stessa sentenza impugnata, nella parte in cui si è occupata del rapporto tra accertamento della vessatorietà in sede di azione collettiva e validità della clausola ha identificato la portata dell'inibitoria collettiva con il divieto di "inserzione automatica a titolo di condizioni generali".

Sarebbe irrilevante, poi, il richiamo alla sentenza della corte costituzionale n. 425 del 2000, avente ad oggetto il D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 25, comma 3, norma con efficacia validante successiva delle clausole sull'anatocismo bancario da ritenere nulle per effetto del più recente orientamento di questa Corte, perchè il problema degli effetti dello jus superveniens sui singoli rapporti contrattuali in corso è diverso da quello relativo all'identificazione degli effetti dell'inibitoria collettiva sulle condizioni generali.

Del pari inconferente sarebbe il richiamo che la sentenza impugnata ha fatto alle class action come modello di azione che proietta i suoi effetti su scala generale, a conferma del fatto che l'accoglimento dell'azione inibitoria provoca automaticamente l'illegittimità dell'uso concreto delle clausole ritenute vessatorie, perché a differenza che nelle class action le associazioni che agiscono per la inibitoria collettiva non rappresentano i consumatori.

Sul piano del diritto interno il dubbio sulla estensione degli effetti dell'inibitoria collettiva ai contratti in corso dovrebbe essere superato sulla base di un'interpretazione restrittiva in quanto la tutela inibitoria avrebbe natura eccezionale.

Sostiene, infine la ricorrente che ove non fosse accolta la propria tesi questa corte dovrebbe sollevare questione pregiudiziale davanti alla corte di giustizia Ce.

5.2. Il motivo non è fondato.

5.2.1. L'art. 8 della direttiva CEE 93/13 prevede che gli stati membri possono adottare o mantenere, nel settore della disciplina dei contratti con i consumatori, disposizioni più severe, compatibili con il Trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore. Il legislatore nazionale con l'art. 1469 sexies c.c., a fronte di un testo della direttiva (art. 7) che, in materia di inibitoria, prevedeva l'obbligo di adottare mezzi adeguati ed efficaci per "far cessare l'inserzione" di clausole ritenute vessatorie ha scelto di assegnare all'azione giudiziaria collettiva la finalità di "inibire l'uso" delle condizione ritenute vessatorie.

Non può negarsi che l'inserimento di una clausola in un formulario o in un contratto individuale rappresenti una delle modalità di uso o utilizzazione della clausola stessa, ma è altresì vero che la nozione di "uso" è più ampia di quella di "inserzione", perchè comprende tutta l'ampia gamma dell'esercizio dei diritti e dei poteri che nella clausola trovano fondamento. E poichè, tenendo presente il significato proprio delle parole, l'impiego dell'espressione di più ampia portata ("uso") certamente assicura un livello di protezione del consumatore più elevato di quello garantito dall'utilizzazione dell'espressione di portata più ristretta ("inserzione"), in quanto consente di inibire una serie di comportamenti più estesa, la scelta del legislatore nazionale non si pone in contrasto con la direttiva.

Infatti, le istituzioni comunitarie, che pure, mostrando di considerare la disciplina di cui all'art. 7 della direttiva uno degli aspetti fondamentali della tutela introdotta, hanno iniziato una procedura d'infrazione riguardante l'aspetto dell'art. 1469 sexies c.c. relativo all'individuazione dei legittimati passivi (esaminato sub 2), che ha portato alla condanna dell'Italia per inadempimento agli obblighi comunitari (sentenza 24 gennaio 2002, in causa 372/99), non hanno ritenuto di contestare alcuna infrazione per la diversità dell'oggetto dell'inibitoria nazionale rispetto a quello previsto dalla direttiva.

Né può dubitarsi della conformità della disciplina dell'inibitoria collettiva di cui all'art. 1469 sexies c.c. al Trattato, nella parte in cui considera prioritario l'obbiettivo dell'armonizzazione delle discipline nazionali, perché è la stessa direttiva, sulla cui conformità al Trattato non sono sorti dubbi, che autorizza l'introduzione o il mantenimento di discipline nazionali diversificate con il solo limite che abbiano per effetto di ampliare e non di restringere la tutela dei consumatori.

Si possono pertanto superare tutte le censure della ricorrente basate sul richiamo alla necessità di osservare, anche in sede interpretativa, la direttiva di cui si discute e la stessa sollecitazione del rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia Ce, perché a fronte del chiaro tenore dell'art. 8 della direttiva non si pone alcun dubbio di conformità della normativa interna agli obblighi derivanti dalla direttiva stessa.

5.2.2. L'inibitoria dell'uso delle clausole ritenute vessatorie, anche con riferimento ai contratti esistenti al momento della pronuncia, non si pone in contrasto con la funzione preventiva di tale strumento di tutela. L'esigenza di prevenzione non riguarda solo l'inserimento delle clausole nei moduli o formulari utilizzati per la stipula di contratti successivamente all'adozione del provvedimento inibitorio, ma anche il prodursi, sempre in epoca successiva al provvedimento, degli effetti che le clausole producono o sono idonee a produrre nel tempo, mediante l'esercizio dei poteri che dalla clausole stesse derivano.

Infatti deve distinguersi tra fatto generatore del rapporto ed effetti che da tale fatto prendono origine; mentre il giudizio di validità del primo va condotto alla stregua della situazione normativa esistente al momento in cui si è prodotto, per gli effetti che si producono nel tempo deve tenersi conto dell'evoluzione dei parametri di valutazione dipendenti dalla successione di norme (così Cass. n. 831/1999, in materia di nuova disciplina della fideiussione omnibus) 827/1999, in materia di intese restrittive della concorrenza e, tra le più recenti, Cass. n. 2140/2006 e 4093/2005, in materia di rinvio agli usi per la determinazione degli interessi; 5286, 1126 e 14899/2000 in materia di interessi usurari). Mentre, quindi, contrasterebbe con la funzione preventiva dell'inibitoria ammettere che possa incidere sul fatto generatore, resta coerente con tale funzione fondamentale il riconoscimento dell'idoneità del provvedimento inibitorio a impedire il verificarsi dei futuri effetti derivanti dalle clausole inserite in formulari utilizzati prima della pronuncia del provvedimento.

5.2.3. La tesi interpretativa seguita dalla corte territoriale, che si inserisce in un orientamento della giurisprudenza di merito non univoco, consente, tuttavia, di attribuire all'azione collettiva quel valore centrale nell'ambito della tutela che la direttiva CEE 93/13 intende apprestare e che le istituzioni comunitarie più volte hanno affermato. Solo infatti se l'inibitoria collettiva è in grado di

per sè di impedire che le clausole ritenute vessatorie possano produrre effetti per il futuro può essere ritenuta una forma di tutela efficace ed adeguata (anche dal punto di vista della garanzia di eguaglianza di trattamento) dei diritti dei consumatori, mentre se tale finalità fosse riservata esclusivamente alle azioni individuali, come pretende la ricorrente, la tutela collettiva sarebbe meramente virtuale e teorica e quindi avrebbe un ruolo del tutto trascurabile e secondario nell'ambito degli strumenti a tutela del consumatore.

Né appare convincente l'obiezione secondo cui, se fosse corretta la soluzione data dalla corte territoriale, si verificherebbe un'indebita sostituzione dell'azione collettiva a quella individuale, sia perchè quest'ultima resterebbe sempre ammissibile, sia perché la tutela collettiva voluta dalla direttiva CEE ha specificamente la finalità di ovviare alle difficoltà che i consumatori incontrano, sia sul piano dei costi che su quello probatorio, per far valere in giudizio i propri diritti individuali.

Infine, il diritto dell'impresa bancaria di disciplinare i rapporti con i clienti sulla base di contratti standardizzati, che permettono un contenimento dei costi dei servizi, non si pone in contrasto con l'inibizione degli effetti delle clausole stipulate precedentemente all'adozione del provvedimento giudiziario, essendo sufficiente introdurre nei contratti in corso, che resterebbe per il resto conformi agli standard precedentemente elaborati e costituirebbero per il futuro standard altrettanto efficaci, le modificazioni necessarie per superare il giudizio di vessatorietà. Sarebbe invece contrario alla lettera e alla ratio della norma (art. 1469 sexies c.c.) consentire che le imprese continuassero a usare le clausole dichiarate vessatorie, esercitando i poteri o giovandosi comunque degli effetti che dalle clausole stesse derivano. 6. in conclusione, dichiarato estinto per rinuncia il giudizio promosso con ricorso di Banca Fideuram e nel quale sono stati proposti ricorsi incidentali "adesivi" di Banca Popolare Italiana e ABI, debbono essere rigettati i ricorsi principali di Banca Popolare di Milano e di ABI e gli altri ricorsi incidentali dalle stesse proposti.

E' inammissibile la domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 96 c.c., comma 1 formulata da Altroconsumo nella memoria ex art. 378 c.p.c. (Cass. 17300/2003).

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

LA CORTE Riunisce i ricorsi; dichiara estinto il giudizio su ricorso della Banca Fideuram (r.g. n. 27056/03), con ricorsi incidentali della Banca Popolare di Milano (r.g. n. 30373/03) e dell'ABI (r.g.n. 30778/03 r.g.), compensando le spese tra le parti; rigetta gli altri ricorsi, dichiara inammissibile la domanda ex art. 96 c.p.c. di Altroconsumo e condanna la Banca Popolare di Milano e l'ABI, in solido, al pagamento delle spese di questo giudizio che si liquidano in Euro 12.100,00 (di cui Euro 100,00 per esborsi) in favore di ciascuno dei controricorrenti, Cittadinanzattiva e Altroconsumo.

Depositato in Cancelleria il 21 maggio 2008

**Danno da prodotto difettoso**

I giudici della terza sezione civile della Suprema Corte nella sentenza 13432/2010, hanno stabilito che il venditore ha l'obbligo del risarcimento del danno se non si libera dalla responsabilità, provando che il soggetto indicato è il vero produttore del bene.

Di seguito la sentenza

## **SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE**

### **SEZIONE III CIVILE**

**Sentenza 28 aprile - 1 giugno 2010, n. 13432**

*(Presidente Varrone - Relatore Ambrosio)*

#### **Svolgimento del processo**

1.1. Proposta da I. B. e da L. T., quali genitori esercenti la potestà, domanda di risarcimento danni nei confronti di S. T., titolare della ditta X, per i danni fisici subiti dal figlio D. in data omissis a seguito di una caduta da bicicletta, asseritamente conseguente a vizi occulti di fabbricazione del veicolo ad essi venduta dal convenuto ed estesa la domanda nei confronti della Y s.p.a., terza chiamata in causa dagli attori, per essere stata indicata dal T., all'atto della costituzione in giudizio, quale costruttore della bicicletta ai sensi e agli effetti dell'art. 4 d.P.R. 24-5-1988, n. 224, l'adito Tribunale di Catania - in esito all'istruttoria espletata - rigettava la domanda e compensava le spese del giudizio tra le parti, salvo quelle di c.t.u., poste a carico di parte attrice.

Il Tribunale riteneva che non fosse stata provato il nesso causale tra i vizi dedotti e le lesioni subite da D. B..

1.2. Proposto appello da parte di D. B. (divenuto nelle more maggiorenne), nonché da parte di I. B. e da L. T., la Corte di appello di Catania, con sentenza in data 25-9-2004, dichiarava il difetto di legittimazione di I. B. e di L. T. e rigettava la domanda di risarcimento danni di D. B., compensando interamente tra le parti le spese dei due gradi.

1.3. Avverso detta sentenza ha proposto ricorso per cassazione D. B., svolgendo due motivi.

1.4. Ha resistito la Y s.p.a. in concordato preventivo in liquidazione, depositando controricorso.

Nessuna attività difensiva è stata, invece, svolta da parte di S. T..

#### **Motivi della decisione**

1. Con il primo motivo di ricorso si denuncia violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 n. 3 c.p.c.), erronea pronuncia di decadenza dal diritto alla garanzia nei confronti di T. S., errata applicazione dell'art. 1495 c.c., travisamento dei fatti. A tal riguardo il ricorrente rileva che la decadenza dalla garanzia per vizi occulti postula che sia stata acquisita la certezza obiettiva e completa degli stessi vizi e deduce che l'assunto, accolto dalla Corte di appello, secondo cui la scoperta del vizio coincise, nel caso all'esame, con la data dell'incidente, è «del tutto gratuito»; in contrario senso assume che, nello specifico, «il dubbio e non la certezza» sull'esistenza del vizio era sorto il giorno precedente l'invio del telegramma di denuncia, mentre la certezza maturò solo all'esito dell'accertamento tecnico preventivo.

1.1. La Corte di appello ha ritenuto che il telegramma in data omissis, con il quale i genitori di D. B. denunciarono al T. il vizio occulto («improvvisa non prevedibile rottura della forcella»),

individuando, nel contempo, la causa delle lesioni subite dal figlio nello stesso vizio, era inidoneo a impedire la decadenza, perché inviato quando era ormai decorso il termine di otto giorni di cui all'art. 1495 c.c.: ciò in quanto «dalla documentazione prodotta e dalla ricostruzione della vicenda compiuta dal danneggiato» (cfr. pag. 8 della sentenza impugnata) si desumeva che la scoperta del vizio (rottura della forcella della bicicletta) coincise con quella del omissis in cui si verificò l'incidente asseritamente conseguente a detto vizio.

Trattasi di apprezzamento di fatto, incensurabile nella attuale sede di legittimità, la cui correttezza non risulta smentita dalle deduzioni in ricorso e che, anzi, appare convalidata, dai puntuali richiami che si rinvergono nella sentenza impugnata al contenuto del telegramma, sintomatico, non già del mero «dubbio», ma della piena consapevolezza, ben prima dell'accertamento tecnico preventivo, vuoi dell'esistenza e consistenza del vizio, vuoi della sua incidenza causale nella dinamica del sinistro.

1.2. Ciò posto, il contenuto del motivo si infrange sulla considerazione del carattere surrettizio del richiamo al vizio di violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 n. 3 c.p.c.), il quale ricorre quando si prospetta l'errata individuazione o applicazione di una norma ad un fatto, sulla fissazione del quale non c'è discussione; laddove il vizio di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione (art. 360 n. 5 c.p.c.) è una doglianza che investe la ricostruzione della fattispecie concreta, addebitando a questa ricostruzione di essere stata effettuata in una massima, la cui incongruità emerge dalla insufficiente, contraddittoria o omessa motivazione della sentenza impugnata (ex multis Cass. 18 marzo 1995, n. 3205; 18 novembre 2000, n. 14953). Ne consegue che il controllo sulla congruità della motivazione previsto dal n. 5 dell'art. 360 c.p.c. si riferisce alla sola giustificazione del giudizio di fatto (sebbene, nell'ipotesi in cui investa la motivazione di diritto, il vizio possa dar luogo a rettifica della sentenza ex art. 384 c.p.c.); mentre il controllo previsto dal n. 3 dello stesso articolo si risolve in un giudizio sulla fattispecie astratta contemplata dalla norma di diritto applicabile al caso concreto, implicando necessariamente un problema interpretativo della norma stessa.

1.3. Con il motivo all'esame il ricorrente - pur formalmente denunciando l'errata applicazione dell'art. 1495 c.c. e richiamando principi, costantemente ribaditi da questa Corte, secondo cui il termine di decadenza per la denuncia dei vizi (da riferirsi, in ogni caso, alla semplice manifestazione dei vizi, e non già all'individuazione delle loro cause) decorre soltanto dal momento in cui il compratore abbia acquisito la certezza oggettiva, oltre che della loro effettiva esistenza, anche della loro consistenza (ex plurimis Cass. n. 9515/2005) - non pone nella sostanza un problema di (errata) interpretazione della norma, né tantomeno dimostra che i giudici di appello, per pervenire alle conclusioni espresse nella sentenza impugnata, hanno operato in contrasto con i principi richiamati. Piuttosto la stessa parte - apoditticamente collocando il mero «dubbio» sull'esistenza del vizio nel giorno antecedente all'invio del telegramma di denuncia e contestando, in termini peraltro di assoluta genericità, il diverso convincimento espresso dai giudici di appello - pone un problema di ricognizione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa, che è attività propria dei giudici di merito.

Ma allora la questione che il motivo solleva risulta esterna ed estranea all'esatta interpretazione della norma di legge ed esula dai canoni di cui al n. 3 dell'art. 360 c.p.c.. D'altra parte - tenuto conto del principio secondo cui, allorquando la decadenza da un diritto consegue alla mancata osservanza dell'onere di compiere un determinato atto entro un certo termine, spetta a colui che intende esercitare il diritto fornire la prova d'aver compiuto tempestivamente l'atto medesimo - il ricorrente avrebbe dovuto allegare e dimostrare di avere individuato e provato, nel giudizio di merito, la diversa data di acquisita conoscenza del vizio all'esame, attaccando la decisione sotto il profilo del vizio della motivazione (nella specie neppure enunciato), all'uopo non rilevando l'assertiva denuncia del «travisamento del fatto» (peraltro evocante l'errore di fatto, denunciabile con il mezzo della revocazione ex art. 395 n. 4 c.p.c.) e non essendo neppure predicabile con il ricorso per cassazione la mera fungibilità della ricostruzione dei fatti.

In definitiva il motivo va rigettato.

2. La Corte di appello ha ritenuto che non potesse essere accolta neppure l'azione extracontrattuale, proposta dal danneggiato ai sensi del d.P.R. n. 224 del 1998: e ciò sia nei confronti dell'Y s.p.a., in considerazione del difetto di prova, di cui era onerata la parte attrice, in ordine alla contestata circostanza che la società avesse effettivamente prodotto la bicicletta di cui trattasi; sia nei confronti del T., sul presupposto che la responsabilità del venditore ai sensi dell'art. 4 del cit. d.P.R. avrebbe potuto configurarsi solo nel caso di omessa comunicazione da parte dello stesso venditore dell'identità e del domicilio del costruttore. Nel caso di specie - secondo la Corte di appello - «non essendovi stata alcuna precedente richiesta di comunicazione di identità e del domicilio del produttore ed essendo intervenuta tempestivamente l'indicazione, il T. non è soggetto a responsabilità, non gravando su di esso alcun obbligo» (pag. 10 della sentenza).

2.1. Con il secondo motivo di ricorso il ricorrente impugna la decisione in parte qua, denunciando insufficiente e comunque contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia (art. 360 n. 5 c.p.c.), errata applicazione e comunque violazione dell'art. 2697 c.c. e dell'art. 4 commi 1 e 5 e dell'art. 13 d.P.R. n. 224 del 1988.

In particolare lamenta che la Corte territoriale - muovendo dal presupposto che gravasse sul danneggiato l'onere della prova della qualità di costruttore della Y s.p.a. e ritenendo inevaso tale onere - abbia escluso la responsabilità del fornitore T. ai sensi dell'art. 4 d.P.R. n. 224 del 1988 per il semplice fatto che lo stesso avesse provveduto a indicare il nominativo della stessa Y s.p.a., anche se poi non è risultato provato che si trattasse del costruttore del prodotto difettoso. In contrario senso osserva: che l'indicazione di un qualsiasi nominativo non può ritenersi sufficiente ad esonerare da responsabilità il fornitore, come si evince dallo stesso tenore dell'art. 4 cit.; che, inoltre, è irrilevante la circostanza della mancanza di una preventiva richiesta scritta del danneggiato per ottenere tale indicazione, anche perché, nello specifico, il T. era a conoscenza della pretesa risarcitoria ed avrebbe potuto provvedere all'indicazione del produttore in sede di accertamento tecnico preventivo; che, in ogni caso - una volta effettuata l'indicazione in giudizio - gravava sul fornitore e non sul cliente l'onere di fornire la relativa prova. Conclusivamente il ricorrente ritiene che, in mancanza di prova della qualità di costruttore, il venditore debba essere

ritenuto responsabile in base all'art. 4 d.P.R. n.224, non rilevando a tali effetti la decadenza di cui all'art. 1495 c.c. in considerazione dell'applicabilità del diverso termine (di prescrizione) di tre anni di cui all'art. 13 del medesimo d.P.R..

2.1. Va premesso che le censure, formulate con il motivo all'esame (al pari, del resto, di quelle poste alla base del precedente) non attingono la posizione della Y, né pongono in discussione il rilievo, contenuto nell'impugnata sentenza, in ordine al difetto di prova circa la qualità di costruttore della suddetta società. Anzi le censure stesse - risultando esclusivamente finalizzate all'affermazione della responsabilità del fornitore, prevista dall'art. 4 d.P.R. n. 224 del 1988 per il caso di mancata individuazione del costruttore - implicitamente, ma inequivocamente confermano la sussistenza della carenza probatoria che è alla base della statuizione di rigetto della domanda risarcitoria nei confronti della società. Di conseguenza detta statuizione deve ritenersi ormai passata in giudicato.

2.2. Tanto premesso e ribadito che ciò di cui ancora si controverte è, esclusivamente, la responsabilità del fornitore ex art. 4 del cit. d.P.R., il motivo di ricorso risulta fondato nei termini che si preciseranno di seguito.

In punto di diritto si rileva che la tutela prevista a favore del consumatore in materia di danno da prodotti difettosi dal d.P.R. n. 224/1988 - emanato in attuazione della direttiva CEE numero 85/374 ed oggi trasfusa nel Codice del consumo di cui al D.Lgs. 6-9-2005, n. 206 - configura in capo al produttore o all'importatore del prodotto nella Comunità europea, (relativamente ai danni di cui all'art. 11 dello stesso d.P.R.) una responsabilità di natura oggettiva, fondata non sulla colpa, ma sulla riconducibilità causale del danno alla presenza di un difetto nel prodotto (cfr. artt. 1, 6 e 7). In particolare il legislatore nazionale, dando attuazione alla direttiva comunitaria, ha inteso accordare una tutela più ampia al consumatore, superando i rigorosi limiti che in precedenza essa incontrava sia nell'ambito del rapporto con il venditore, in considerazione della contenuta azionabilità nel tempo dei diritti di garanzia riconosciuti dalla disciplina ordinaria della vendita, sia al di fuori del rapporto negoziale, in quanto ancorata agli oneri probatori imposti dalle regole in tema di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c..

Nell'indicata prospettiva di una più ampia ed efficace tutela del consumatore si colloca, per l'appunto, l'art. 4 del cit. d.P.R., qui invocato da parte ricorrente, il quale prevede al comma 1 che «quando il produttore non sia individuato, è sottoposto alla stessa responsabilità il fornitore che abbia distribuito il prodotto nell'esercizio di un'attività commerciale, se abbia omesso di comunicare al danneggiato, entro il termine di tre mesi dalla richiesta, l'identità e il domicilio del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto».

Per quanto rileva in questa sede, merita precisare che il medesimo articolo 4 prevede: al comma 2, le modalità con cui va formulata la preventiva richiesta del danneggiato al fornitore («la richiesta deve essere fatta per iscritto e deve indicare il prodotto che ha cagionato il danno, il luogo e, con ragionevole approssimazione, il tempo dell'acquisto; deve inoltre contenere l'offerta in visione del prodotto, se ancora esistente»); al comma 3, il termine entro il quale il fornitore, che sia stato evocato in giudizio senza la

preventiva richiesta del danneggiato, deve effettuare la comunicazione dei dati del produttore, al fine di provocarne la chiamata in causa ed (eventualmente) ottenere la propria estromissione dal giudizio («se la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio non è stata preceduta dalla richiesta prevista dal comma 2, il convenuto può effettuare la comunicazione entro i tre mesi successivi»), salva «in ogni caso» la possibilità di ottenere dal giudice, alla prima udienza, un ulteriore termine «se le circostanze lo giustificano» (comma 4); infine al comma 5 l'eventuale assunzione della lite da parte del produttore che non contesti l'indicazione, con conseguente estromissione del fornitore e rimborso delle spese in suo favore da parte del danneggiato («il terzo indicato come produttore o precedente fornitore può essere chiamato nel processo a norma dell'art. 106 del codice di procedura civile e il fornitore convenuto può essere estromesso, se la persona indicata compare e non contesta l'indicazione. Nell'ipotesi prevista dal comma 3, il convenuto può chiedere la condanna dell'attore al rimborso delle spese cagionategli dalla chiamata in giudizio»).

Questo l'ambito normativo di riferimento, entrambi i passaggi argomentativi in cui si articola la decisione impugnata - e, cioè, l'essere mancata una preventiva richiesta scritta da parte del danneggiato al fornitore perché indicasse i dati del produttore e l'essere poi avvenuta in giudizio la tempestiva comunicazione di tali dati da parte del fornitore - si rivelano inidonei a fondare la statuizione di rigetto nei confronti del fornitore.

Invero il primo argomento è smentito dal tenore dei commi 3 e 4, nonché dall'ultima parte del comma 5, da cui si evince, con chiarezza, che, nell'ipotesi in cui il produttore non sia individuato, da un lato, il fornitore è gravato da un onere di informazione dei relativi dati in suo possesso, da effettuarsi, comunque, in limine litis, in considerazione delle esigenze di tutela della parte debole e del generale principio di solidarietà sociale; dall'altro che il consumatore, ben può evocare direttamente in giudizio il fornitore, anche senza la preventiva richiesta di cui al comma 2, fermo restando che il comportamento negligente è suscettibile di sanzione nella regolazione delle spese, comportando - in caso di tempestiva comunicazione in giudizio dei dati del produttore e successiva estromissione del fornitore - il rimborso delle spese in favore di quest'ultimo, siccome inutilmente evocato in giudizio.

Anche l'altro argomento "speso" dalla Corte di appello confligge - prima ancora che, sul piano logico, con il contemporaneo rilievo della mancanza di prova in ordine all'individuazione del produttore nella società indicata dal fornitore - con il dato normativo, atteso che la prima parte del comma 5 dell'articolo all'esame, prevedendo la possibilità di estromissione del fornitore solo «se la persona indicata compare e non contesta l'indicazione», lascia inequivocamente intendere che la mera "indicazione" dei dati del produttore non è sufficiente a liberare il fornitore dalla responsabilità di cui al cit. art. 4, occorrendo, invece, la sua effettiva "individuazione".

L'errore in cui è incorsa la Corte di appello consiste, dunque, nell'aver assegnato alla mera comunicazione dei dati di un soggetto, indicato come produttore, funzione di esonero dalla responsabilità del fornitore, ancorché non risultasse accertato che il soggetto indicato fosse effettivamente il produttore (id est, non fosse stato individuato il produttore), dimenticando che è la

mancata individuazione del produttore che determina l'assoggettamento del fornitore alla responsabilità di cui all'art. 4 cit., come del resto ben si coglie dall'incipit della norma («quando il produttore non sia individuato ...»).

2.3. In definitiva ritiene il Collegio che l'unica interpretazione logicamente possibile e coerente con l'indicata ratio legis (chiaramente volta ad assicurare una maggiore tutela del danneggiato) è quella che assegna al dato obiettivo dell'(effettiva) "individuazione" del produttore il carattere di condizione di esonero del fornitore dalla speciale responsabilità di cui all'art. 4 d.P.R. n. 224/1988, come appare chiaro dal complessivo tenore della norma e, segnatamente, dalla prima parte del comma 5, laddove subordina l'estromissione del fornitore, che abbia provveduto alla tempestiva "indicazione" in giudizio, alla "non contestazione" dell'indicazione stessa da parte del produttore. In tale contesto la "preventiva richiesta" di cui ai commi 1 e 2 dello stesso art. 4 - in quanto intesa a provocare preventivamente l'"individuazione" del produttore, in considerazione della disponibilità dei relativi dati da parte del fornitore - costituisce un onere di diligenza, imposto al danneggiato in funzione di evidenti esigenze di economia processuale, con la conseguenza che la relativa mancanza non preclude l'azionabilità della tutela spettante al danneggiato ex art. 4 cit. nei confronti del fornitore «quando il produttore non sia individuato», risultando (esclusivamente) sanzionata dal pagamento delle spese processuali in favore del fornitore, ove lo stesso fornitore risulti inutilmente evocato in giudizio.

2.4. In tema di riparto dell'onere della prova ciò significa che - mentre nell'ambito del rapporto produttore/consumatore, grava su quest'ultimo l'onere di dimostrare la qualità del costruttore del prodotto, trattandosi di un fatto costitutivo della domanda risarcitoria verso costui - nel rapporto fornitore/consumatore spetta al primo l'onere di dimostrare la qualità del soggetto indicato come produttore, alla stregua dei fatti impeditivi della domanda, dovendosi ritenere che tale fatto costituisca condizione di esonero dello stesso fornitore dalla speciale responsabilità di cui al cit. art. 4 cit. e rispondendo la suddetta ripartizione dell'onere probatorio - attesa la piena disponibilità e prossimità delle relative circostanze in capo allo stesso fornitore - alla finalità di non rendere troppo difficile la tutela del consumatore.

2.5. È appena il caso di aggiungere che la rilevanza delle considerazioni che precedono non si infrange con il rilievo della decadenza ex art. 1495 c.c. di cui al motivo che precede.

Invero - posto che la disciplina della responsabilità da prodotti difettosi di cui al d.P.R. n. 224 del 1988 viene ad affiancarsi e non a sostituirsi, ai rimedi previsti dall'ordinamento in favore di colui che patisca un danno ingiusto (cfr. Cass. n. 8981 del 2005) - la relativa azione nei confronti del fornitore risulta assoggettata ai limiti temporali di cui agli artt. 13 e 14 dello stesso d.P.R. e non è condizionata dai limiti di azionabilità dei diritti di garanzia scaturenti dalla vendita, che sono riferiti alla pretesa contrattuale, risultando ben distinto l'inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto dal generale divieto del *neminem laedere*, al quale anche il fornitore è tenuto secondo un generale principio di solidarietà sociale, e che implica, tra l'altro, la responsabilità dello stesso per i danni da prodotti difettosi ex art. 4 cit. «quando il produttore non sia individuato».

2.6. In conclusione il secondo motivo di ricorso va accolto e, di conseguenza, l'impugnata sentenza deve essere cassata in relazione con rinvio alla Corte d'appello di Catania in diversa composizione, per nuovo esame.

Il giudice del rinvio farà applicazione dei principi sopra esposti sub 2.3, 2.4. e 2.5. e provvedere alla regolazione delle spese anche per il giudizio di cassazione tra il B. e il T..

Vanno, invece, regolate in questa sede le spese del giudizio di cassazione tra lo stesso B. e la controricorrente Y s.p.a. in concordato preventivo in liquidazione, in quanto il giudizio dovrà proseguire solo nei confronti del T.. Tali spese - considerato che, come si è sopra evidenziato, i motivi di ricorso risultano indirizzati esclusivamente nei confronti del diretto venditore - vanno integralmente compensate tra le stesse parti.

### **P.Q.M.**

La Corte rigetta il primo motivo di ricorso; accoglie il secondo; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia anche per la regolazione delle spese del giudizio di cassazione tra il ricorrente e S. T. alla Corte di appello di Catania in diversa composizione; compensa interamente le spese del giudizio di cassazione tra lo stesso ricorrente e la Y s.p.a. in concordato preventivo in liquidazione

Cass. Civ. sent. n. 6481/2010

### **CONTRATTI – DEL CONSUMATORE - VESSATORIETA' DELLE CLAUSOLE**

Pronunciandosi in una fattispecie relativa a contratto avente per oggetto un corso professionale, la S.C., interpretando unitariamente il criterio generale e le fattispecie tipizzate di cui all'art. 1469 bis c.p.c. (nella formulazione antecedente al d.lgs. n. 206 del 2005,), ha ritenuto abusiva la clausola con la quale il consumatore rinuncia alla facoltà di recesso e si assume l'obbligo di corrispondere comunque l'intero importo pattuito ed, inoltre, ha ritenuto applicabile il terzo comma, n. 11 dello stesso articolo alla clausola con la quale il professionista si riserva il potere unilaterale di modificare le modalità di svolgimento del corso.

### **Svolgimento del processo**

Raffaele P. , titolare dell'impresa omonima, dichiarandosi cessionario del credito vantato dall'Istituto di moda B. , di Monica P. , nei confronti di Ester F. , ha convenuto la debitrice davanti al Tribunale di Oristano, chiedendone la condanna al pagamento di L. 8.726.000, oltre interessi e rivalutazione monetaria, dovute a saldo della quota di iscrizione ad un corso di modellismo sartoriale e industriale della durata di 22 mesi, precisando che - in forza di clausola contrattuale del contratto di iscrizione - l'intero corrispettivo era dovuto anche nel caso di recesso prima del termine e di mancata frequenza dell'intero corso.

La convenuta ha resistito alla domanda, eccependo la prescrizione, quanto alle rate scadute nel 1998, e l'avvenuto pagamento di tutto quanto dovuto per il periodo successivo, nonostante la

sopravvenuta impossibilità di frequentare il corso, per il fatto che la B. nel 1999, a corso iniziato, ha trasferito la sua sede da Oristano a Cagliari, città da lei difficilmente raggiungibile. Ha eccepito altresì l'inefficacia ai sensi dell'art. 1469 bis cod. civ. di alcune clausole contrattuali ed ha chiesto, in via riconvenzionale, la restituzione delle somme pagate dal 1999 in avanti (L. 3.059.000), dopo il trasferimento della sede della scuola, allorché non aveva potuto frequentare il corso.

Con sentenza n. 9/2002 il Tribunale ha dichiarato nullo il procedimento, a causa della nullità della procura a margine dell'atto di citazione. Proposto appello dal P. , a cui ha resistito la F. , con sentenza 10 marzo-6 aprile 2005 n. 116, notificata il 29.6.2005, la Corte di appello di Cagliari, in riforma della sentenza impugnata, ha condannato la F. a pagare la somma di Euro 3.829,53, oltre agli interessi legali a decorrere dalla domanda giudiziale ed oltre alle spese dei due gradi del giudizio. Con atto notificato il 13 ottobre 2005 la F. propone sei motivi di ricorso per cassazione. Il P. non ha depositato difese.

#### Motivi della decisione

1. - Con il primo motivo la ricorrente lamenta violazione degli art. 99, 100, 346 e 342 cod. proc. civ., per avere la Corte di appello ritenuto ammissibile l'impugnazione, sebbene l'appellante non ne avesse specificamente indicato i motivi, quanto alle questioni di merito, ma si fosse limitato a richiamare tutte le domande proposte in primo grado.

1.1. - Il motivo non è fondato. Il giudice di primo grado non aveva esaminato nel merito le domande proposte dal P. , avendo dichiarato nullo l'atto di citazione e l'intero procedimento. L'appello riguardava, pertanto, solo la statuizione di rito, ed il suo accoglimento ha comportato la devoluzione al giudice dell'appello di tutte le questioni di merito dedotte nel giudizio di primo grado, unico requisito essendo che fosse inequivocabilmente manifestata la volontà di riproporne la cognizione, si da evitare la decadenza di cui all'art. 346 cod. proc. civ. A tale scopo è sufficiente anche il mero richiamo a tutte le domande proposte nel giudizio di primo grado (Cass. Civ. Sez. Lav. 1 luglio 2004 n. 12092 in particolare nel § 8.1. della motivazione. Cfr. anche Cass. Civ. Sez. 1, 10 maggio 2000 n. 5938).

Ed invero, la specificità dei motivi di appello è richiesta dall'art. 342 cod. proc. civ. allo scopo di garantire la precisa individuazione delle questioni decise nel giudizio di primo grado che si vogliono devolvere al riesame del giudice di appello, rispetto a quelle non devolute, e di sollecitare l'appellante a chiarire le ragioni del suo dissenso dalla decisione impugnata. Trattasi di problemi e di esigenze che non si pongono, quando la sentenza impugnata non abbia affatto pronunciato nel merito.

In questi casi l'eventuale mancanza di specificità e di chiarezza va valutata, se del caso, con riferimento alle domande proposte in primo grado e non esaminate in quella sede.

2. - Con il secondo, il terzo e il quarto motivo la ricorrente lamenta la violazione degli art. 99, 112, 132 n. 4 cod. proc. civ., 1469 bis, I e III comma, n. 5, 6, 7 e 11 cod. civ., nonché l'omessa,

insufficiente o contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia, sul rilievo che la Corte di appello ha preso in esame (e respinto) l'eccezione di inefficacia delle clausole n. 6 e 8 delle condizioni generali di contratto solo con riferimento al n. 7 dell'art. 1469 bis, 3 comma, cod. civ., laddove ne era stato denunciato il carattere abusivo anche in relazione al disposto dei nn. 5, 6 e 11 della citata norma.

Rileva poi che la motivazione è insufficiente e apodittica anche quanto alla ritenuta inapplicabilità del n. 7 dell'art. 1469 bis, non risultando in alcun modo esplicitate le ragioni su cui il giudice di appello ha fondato la sua decisione; che la clausola n. 6, in base alla quale l'Istituto poteva modificare a suo piacimento i termini e la durata del corso ed anche non iniziarlo, e la clausola n. 8, secondo cui l'allievo rinunciava alla facoltà di recesso e si impegnavano a corrispondere la tassa totale di frequenza, nel caso di ritiro dal corso per qualunque motivo, sono da ritenere corrispondenti a quelle dichiarate abusive dall'art. 369 bis, n. 11, 7 e 8 e cod. civ. 3. - I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati perché connessi, sono fondati nei termini che seguono.

3.1. - La sentenza impugnata è effettivamente incorsa in violazione di legge in omessa od insufficiente motivazione, nella parte relativa al carattere abusivo delle clausole n. 6 e n. 8 del contratto intercorso fra le parti.

Quanto alla clausola n. 8, si è limitata ad affermare apoditticamente che la rinuncia alla facoltà di recesso e l'assunzione da parte dell'allieva dell'impegno di corrispondere comunque all'istituto l'intera tassa di frequenza, anche nel caso di recesso anticipato "non rientra nell'ambito della previsione dell'art. 1469 bis, 3° comma n. 7 cod. civ.". Trattasi di affermazione che, nella sua assolutezza, non può essere condivisa. Il carattere abusivo delle clausole predisposte dal professionista deve essere valutato sia alla luce del principio generale di cui al primo comma del citato art. 1469 bis, per cui vanno ritenute abusive le clausole che determinino a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; sia con riferimento alla presunzione di vessatorietà di cui alle fattispecie tipizzate nel terzo comma della citata norma, ed in particolare (per quanto concerne il caso di specie) nei nn. 5, 6 e 7 dell'art. 1469 bis, richiamati dalla ricorrente. Si sarebbe dovuto rilevare, in particolare, che la clausola n. 8 sanziona indiscriminatamente il recesso dell'allievo, sia o non sia assistito da un giustificato motivo, venendo così implicitamente a riservare al professionista - che, in applicazione dei principi generali in materia contrattuale, risponde solo nel caso di recesso colpevole - un trattamento differenziato e migliore, in contrasto con i principi contenuti nei nn. 5 e 7 dell'art. 1469 bis.; per di più senza che l'entità della somma dovuta dall'allievo nel caso di recesso - che viene sostanzialmente ad integrare una penale - trovi riscontro in analoga sanzione a carico del professionista.

3.2. - La Corte di appello ha altresì omesso di esaminare l'eccezione di vessatorietà della clausola n. 6, circa il potere dell'Istituto di modificare le modalità di svolgimento del corso, clausola che assume rilievo in relazione alle eccezioni della ricorrente di non avere potuto completare la frequenza, a causa dello spostamento della sede del corso dal luogo convenuto all'atto della

conclusione del contratto.

La clausola appare in contrasto con il n. 11 dell'art. 1469 bis, 3° comma, che presume abusive le clausole che consentono al professionista di modificare unilateralmente le caratteristiche del prodotto o del servizio, senza un giustificato motivo, che deve essere indicato nel contratto. La Corte di appello - motivando nel senso che è da presumere che il corso si dovesse svolgere a Cagliari, poiché a Cagliari era stato concluso il contratto - da un lato non ha dato conto delle ragioni per cui il corso era iniziato e si era svolto per un anno ad Oristano, come affermato dalla ricorrente, prima di essere spostato a Cagliari: circostanza che appare in contrasto con la suddetta presunzione di localizzazione.

In secondo luogo è incorsa nella violazione del n. 11 dell'art. 1469 bis, che dichiara abusive le clausole che dispongano modificazioni nella prestazione del servizio senza specificarne i giustificati motivi.

3. - Il quinto ed il sesto motivo sono inammissibili per difetto di autosufficienza. La ricorrente lamenta violazioni di legge ed omessa o insufficiente motivazione, nella parte in cui la Corte di appello non ha ammesso le prove testimoniali dedotte a dimostrazione del fatto che l'Istituto B. aveva garantito che il corso si sarebbe svolto in Oristano, senza indicare specificamente nel ricorso il tenore dei capitoli di prova non ammessi, sì da consentire a questa Corte di valutarne l'ammissibilità e la rilevanza, in relazione alle questioni controverse. Ed invero, ove il ricorrente denunci in sede di legittimità la mancata ammissione di prove testimoniali nei gradi di merito, ha l'onere di indicare specificamente, trascrivendoli, i capitoli di prova di cui aveva chiesto l'ammissione, sì da consentire al giudice di legittimità il controllo della decisività dei fatti da provare: controllo che la Corte di cassazione deve essere in grado di compiere sulla base delle deduzioni contenute nel ricorso, alle cui lacune non è consentito sopperire con indagini integrative (cfr., fra le tante, Cass. civ. Sez. III, 5 giugno 2007 n. 13085; Cass. civ. Sez. III, 19 marzo 2007 n. 6440).

5. - In sintesi, debbono essere accolti, il secondo, il terzo ed il quarto motivo, con l'annullamento dei corrispondenti capi della sentenza impugnata e con il rinvio della causa alla Corte di appello di Cagliari, in diversa composizione, la quale deciderà la controversia uniformandosi ai principi sopra indicati.

6. - Il giudice di rinvio deciderà anche in ordine alle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte di cassazione accoglie il secondo, il terzo ed il quarto motivo di ricorso e rigetta gli altri motivi.

Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia la causa alla Corte di appello di Cagliari, in diversa composizione, che deciderà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

Depositata in Cancelleria il 17.03.2010

Con la **Sentenza n. 9922/2010** , la Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi in merito al **foro competente a decidere delle controversie tra il consumatore e il fornitore di merci o servizi**

. Nel caso in esame la controversia riguarda un assicurato che, con ricorso promosso innanzi al Giudice di Pace di Roma, chiedeva la restituzione di somme indebitamente percepite dalla propria Compagnia Assicuratrice, sulla base di un contratto di assicurazione.

Il Giudice di Roma dichiarava la propria incompetenza territoriale, individuando nella Corte di Appello di Bologna il foro competente. Avverso tale pronuncia, il consumatore, nel caso di specie, l'assicurato, ha promosso ricorso per Cassazione. Infatti, la sentenza che accoglie l'eccezione pregiudiziale di incompetenza del giudice di pace adito contiene solo statuizioni sulla competenza. Pertanto, se tale sentenza è pronunciata in una causa di valore inferiore a millecento euro, non essendo impugnabile con il regolamento di competenza, la stessa è impugnabile con ricorso ordinario per cassazione. Quanto al merito, la Corte ha ritenuto il ricorso fondato. Il ricorrente ha eccepito la violazione e la falsa applicazione dell'art. 1469 bis

comma 3 e 19 cod. civ. con riguardo al foro esclusivo del consumatore. Tale articolo è stato modificato e le relative disposizioni sono ora contenute negli articoli da 33 a 37 del codice del consumo .

Inoltre, il ricorrente ha dedotto l'errata individuazione del giudice competente per territorio.

Infatti, il giudice di pace aveva dimostrato di non conoscere e di non aveva applicato il principio del foro esclusivo del consumatore, da individuarsi nel luogo di residenza o di domicilio elettivo dello stesso consumatore. Considerato che, nel caso di specie, il ricorrente era residente in Roma, il giudice di pace era tenuto a rimettere le parti dinanzi alla Corte di Appello di Roma, funzionalmente e territorialmente competente, in forza delle disposizioni di legge richiamate.

Dopo una breve sintesi delle norme dettate dalla legge n. 287/1990, così detta legge "antitrust", la Corte ha ribadito che la disposizione dettata dall'art. 1469 bis, terzo comma, numero 19, cod. civ., che, avendo natura di norma processuale, si applica nelle cause iniziate dopo la sua entrata in vigore, anche se relative a controversie derivanti da contratti stipulati prima, si interpreta nel senso che il legislatore, nelle controversie tra consumatore e professionista, ha stabilito la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo, presumendo vessatoria la clausola che preveda una diversa località quale sede del foro competente, ancorché coincidente con uno di quelli individuabili sulla base del funzionamento dei vari criteri di collegamento stabiliti dal codice di procedura civile per le controversie nascenti da contratto

Cass. Civ. sent. n. 6481/2010: Recesso -Vessatorietà

## **CONTRATTI – DEL CONSUMATORE - VESSATORIETA' DELLE CLAUSOLE**

Pronunciandosi in una fattispecie relativa a contratto avente per oggetto un corso professionale, la S.C., interpretando unitariamente il criterio generale e le fattispecie tipizzate di cui all'art. 1469 bis c.p.c. (nella formulazione antecedente al d.lgs. n. 206 del 2005,), ha ritenuto abusiva la clausola con

la quale il consumatore rinuncia alla facoltà di recesso e si assume l'obbligo di corrispondere comunque l'intero importo pattuito ed, inoltre, ha ritenuto applicabile il terzo comma, n. 11 dello stesso articolo alla clausola con la quale il professionista si riserva il potere unilaterale di modificare le modalità di svolgimento del corso.

### **Svolgimento del processo**

Raffaele P. , titolare dell'impresa omonima, dichiarandosi cessionario del credito vantato dall'Istituto di moda B. , di Monica P. , nei confronti di Ester F. , ha convenuto la debitrice davanti al Tribunale di Oristano, chiedendone la condanna al pagamento di L. 8.726.000, oltre interessi e rivalutazione monetaria, dovute a saldo della quota di iscrizione ad un corso di modellismo sartoriale e industriale della durata di 22 mesi, precisando che - in forza di clausola contrattuale del contratto di iscrizione - l'intero corrispettivo era dovuto anche nel caso di recesso prima del termine e di mancata frequenza dell'intero corso.

La convenuta ha resistito alla domanda, eccependo la prescrizione, quanto alle rate scadute nel 1998, e l'avvenuto pagamento di tutto quanto dovuto per il periodo successivo, nonostante la sopravvenuta impossibilità di frequentare il corso, per il fatto che la B. nel 1999, a corso iniziato, ha trasferito la sua sede da Oristano a Cagliari, città da lei difficilmente raggiungibile. Ha eccepito altresì l'inefficacia ai sensi dell'art. 1469 bis cod. civ. di alcune clausole contrattuali ed ha chiesto, in via riconvenzionale, la restituzione delle somme pagate dal 1999 in avanti (L. 3.059.000), dopo il trasferimento della sede della scuola, allorché non aveva potuto frequentare il corso.

Con sentenza n. 9/2002 il Tribunale ha dichiarato nullo il procedimento, a causa della nullità della procura a margine dell'atto di citazione. Proposto appello dal P. , a cui ha resistito la F. , con sentenza 10 marzo-6 aprile 2005 n. 116, notificata il 29.6.2005, la Corte di appello di Cagliari, in riforma della sentenza impugnata, ha condannato la F. a pagare la somma di Euro 3.829,53, oltre agli interessi legali a decorrere dalla domanda giudiziale ed oltre alle spese dei due gradi del giudizio. Con atto notificato il 13 ottobre 2005 la F. propone sei motivi di ricorso per cassazione. Il P. non ha depositato difese.

#### Motivi della decisione

1. - Con il primo motivo la ricorrente lamenta violazione degli art. 99, 100, 346 e 342 cod. proc. civ., per avere la Corte di appello ritenuto ammissibile l'impugnazione, sebbene l'appellante non ne avesse specificamente indicato i motivi, quanto alle questioni di merito, ma si fosse limitato a richiamare tutte le domande proposte in primo grado.

1.1. - Il motivo non è fondato. Il giudice di primo grado non aveva esaminato nel merito le domande proposte dal P. , avendo dichiarato nullo l'atto di citazione e l'intero procedimento. L'appello riguardava, pertanto, solo la statuizione di rito, ed il suo accoglimento ha comportato la devoluzione al giudice dell'appello di tutte le questioni di merito dedotte nel giudizio di primo grado, unico requisito essendo che fosse inequivocabilmente manifestata la volontà di riproporne la

cognizione, si da evitare la decadenza di cui all'art. 346 cod. proc. civ. A tale scopo è sufficiente anche il mero richiamo a tutte le domande proposte nel giudizio di primo grado (Cass. Civ. Sez. Lav. 1 luglio 2004 n. 12092 in particolare nel § 8.1. della motivazione. Cfr. anche Cass. Civ. Sez. 1, 10 maggio 2000 n. 5938).

Ed invero, la specificità dei motivi di appello è richiesta dall'art. 342 cod. proc. civ. allo scopo di garantire la precisa individuazione delle questioni decise nel giudizio di primo grado che si vogliono devolvere al riesame del giudice di appello, rispetto a quelle non devolute, e di sollecitare l'appellante a chiarire le ragioni del suo dissenso dalla decisione impugnata. Trattasi di problemi e di esigenze che non si pongono, quando la sentenza impugnata non abbia affatto pronunciato nel merito.

In questi casi l'eventuale mancanza di specificità e di chiarezza va valutata, se del caso, con riferimento alle domande proposte in primo grado e non esaminate in quella sede.

2. - Con il secondo, il terzo e il quarto motivo la ricorrente lamenta la violazione degli art. 99, 112, 132 n. 4 cod. proc. civ., 1469 bis, I e III comma, n. 5, 6, 7 e 11 cod. civ., nonché l'omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia, sul rilievo che la Corte di appello ha preso in esame (e respinto) l'eccezione di inefficacia delle clausole n. 6 e 8 delle condizioni generali di contratto solo con riferimento al n. 7 dell'art. 1469 bis, 3 comma, cod. civ., laddove ne era stato denunciato il carattere abusivo anche in relazione al disposto dei nn. 5, 6 e 11 della citata norma.

Rileva poi che la motivazione è insufficiente e apodittica anche quanto alla ritenuta inapplicabilità del n. 7 dell'art. 1469 bis, non risultando in alcun modo esplicitate le ragioni su cui il giudice di appello ha fondato la sua decisione; che la clausola n. 6, in base alla quale l'Istituto poteva modificare a suo piacimento i termini e la durata del corso ed anche non iniziarlo, e la clausola n. 8, secondo cui l'allievo rinunciava alla facoltà di recesso e si impegnava a corrispondere la tassa totale di frequenza, nel caso di ritiro dal corso per qualunque motivo, sono da ritenere corrispondenti a quelle dichiarate abusive dall'art. 369 bis, n. 11, 7 e 8 e cod. civ.

3. - I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati perché connessi, sono fondati nei termini che seguono.

3.1. - La sentenza impugnata è effettivamente incorsa in violazione di legge in omessa od insufficiente motivazione, nella parte relativa al carattere abusivo delle clausole n. 6 e n. 8 del contratto intercorso fra le parti.

Quanto alla clausola n. 8, si è limitata ad affermare apoditticamente che la rinuncia alla facoltà di recesso e l'assunzione da parte dell'allieva dell'impegno di corrispondere comunque all'istituto l'intera tassa di frequenza, anche nel caso di recesso anticipato "non rientra nell'ambito della previsione dell'art. 1469 bis, 3° comma n. 7 cod. civ.". Trattasi di affermazione che, nella sua absolutezza, non può essere condivisa. Il carattere abusivo delle clausole predisposte dal professionista deve essere valutato sia alla luce del principio generale di cui al primo comma del citato art. 1469 bis, per cui vanno ritenute abusive le clausole che determinino a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli

obblighi derivanti dal contratto; sia con riferimento alla presunzione di vessatorietà di cui alle fattispecie tipizzate nel terzo comma della citata norma, ed in particolare (per quanto concerne il caso di specie) nei nn. 5, 6 e 7 dell'art. 1469 bis, richiamati dalla ricorrente. Si sarebbe dovuto rilevare, in particolare, che la clausola n. 8 sanziona indiscriminatamente il recesso dell'allievo, sia o non sia assistito da un giustificato motivo, venendo così implicitamente a riservare al professionista - che, in applicazione dei principi generali in materia contrattuale, risponde solo nel caso di recesso colpevole - un trattamento differenziato e migliore, in contrasto con i principi contenuti nei nn. 5 e 7 dell'art. 1469 bis.; per di più senza che l'entità della somma dovuta dall'allievo nel caso di recesso - che viene sostanzialmente ad integrare una penale - trovi riscontro in analoga sanzione a carico del professionista.

3.2. - La Corte di appello ha altresì omissis di esaminare l'eccezione di vessatorietà della clausola n. 6, circa il potere dell'Istituto di modificare le modalità di svolgimento del corso, clausola che assume rilievo in relazione alle eccezioni della ricorrente di non avere potuto completare la frequenza, a causa dello spostamento della sede del corso dal luogo convenuto all'atto della conclusione del contratto.

La clausola appare in contrasto con il n. 11 dell'art. 1469 bis, 3° comma, che presume abusive le clausole che consentono al professionista di modificare unilateralmente le caratteristiche del prodotto o del servizio, senza un giustificato motivo, che deve essere indicato nel contratto. La Corte di appello - motivando nel senso che è da presumere che il corso si dovesse svolgere a Cagliari, poiché a Cagliari era stato concluso il contratto - da un lato non ha dato conto delle ragioni per cui il corso era iniziato e si era svolto per un anno ad Oristano, come affermato dalla ricorrente, prima di essere spostato a Cagliari: circostanza che appare in contrasto con la suddetta presunzione di localizzazione.

In secondo luogo è incorsa nella violazione del n. 11 dell'art. 1469 bis, che dichiara abusive le clausole che dispongano modificazioni nella prestazione del servizio senza specificarne i giustificati motivi.

3. - Il quinto ed il sesto motivo sono inammissibili per difetto di autosufficienza. La ricorrente lamenta violazioni di legge ed omissis o insufficiente motivazione, nella parte in cui la Corte di appello non ha ammesso le prove testimoniali dedotte a dimostrazione del fatto che l'Istituto B. aveva garantito che il corso si sarebbe svolto in Oristano, senza indicare specificamente nel ricorso il tenore dei capitoli di prova non ammessi, sì da consentire a questa Corte di valutarne l'ammissibilità e la rilevanza, in relazione alle questioni controverse. Ed invero, ove il ricorrente denunci in sede di legittimità la mancata ammissione di prove testimoniali nei gradi di merito, ha l'onere di indicare specificamente, trascrivendoli, i capitoli di prova di cui aveva chiesto l'ammissione, sì da consentire al giudice di legittimità il controllo della decisività dei fatti da provare: controllo che la Corte di cassazione deve essere in grado di compiere sulla base delle deduzioni contenute nel ricorso, alle cui lacune non è consentito sopperire con indagini integrative (cfr., fra le tante, Cass. civ. Sez. III, 5 giugno 2007 n. 13085; Cass. civ. Sez. III, 19 marzo 2007 n. 6440).

5. - In sintesi, debbono essere accolti, il secondo, il terzo ed il quarto motivo, con l'annullamento dei corrispondenti capi della sentenza impugnata e con il rinvio della causa alla Corte di appello di Cagliari, in diversa composizione, la quale deciderà la controversia uniformandosi ai principi sopra indicati.

6. - Il giudice di rinvio deciderà anche in ordine alle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte di cassazione accoglie il secondo, il terzo ed il quarto motivo di ricorso e rigetta gli altri motivi.

Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia la causa alla Corte di appello di Cagliari, in diversa composizione, che deciderà anche sulle spese del giudizio di cassazione. Depositata in Cancelleria il 17.03.2010

**Cassazione Civile Sez. Terza del 4.03.2010, n. 5189** – pacchetti turistici – vacanza rovinata

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato il 29.6.2000, G. Franco e F. Nadia convenivano in giudizio dinnanzi al Tribunale di Pordenone la F. International s.p.a. chiedendone la condanna al pagamento della somma di lire 10.000.000, quale risarcimento dei danni da essi patiti a seguito di un soggiorno effettuato a Creta dal 23 al 30 agosto 1999.

Gli attori esponevano, infatti, di avere acquistato un “pacchetto turistico” offerto dalla società convenuta presso l'azienda A. Viaggi di Pordenone, avente ad oggetto il trasferimento aereo e l'alloggiamento presso il Club (...) di Creta, le fotografie del quale, pubblicate sul depliant, riproducevano una bella spiaggia antistante l'albergo ed un bel mare. Invece, giunti sul posto, avevano constatato che la spiaggia era sporca ed il mare diffusamente inquinato da idrocarburi.

A seguito di ciò, l'agenzia A. si era dichiarata disposta a favorire il trasferimento in un altro albergo del G. e della F. , a condizione, però, della rinuncia di questi ultimi a far valere eventuali richieste risarcitorie; dopo aver rifiutato tale patto, gli odierni resistenti avevano personalmente dovuto sostenere le spese di un diverso ed adeguato alloggio.

La F. International s.p.a., ritualmente costituitasi in giudizio, eccepiva preliminarmente l'improponibilità della domanda per difetto della formale contestazione ex art. 19 del decreto legislativo 111/1995, chiedendo, nel merito, il rigetto della domanda, non essendo la spiaggia di proprietà dell'albergo e non dipendendo l'inquinamento del mare dall'organizzatore del viaggio.

L'adito Tribunale di Pordenone, in composizione monocratica, con sentenza n. 365/2002, respingeva la domanda; affermava, in particolare che “la pulizia della spiaggia e la purezza dell'acqua del mare, oltre a non dipendere dalla volontà del responsabile dell'hotel, non appare essere stata garantita agli attori a mezzo della stampa del depliant pubblicitario”.

A seguito dell'appello del G. e della F. , costituitasi la F. , la Corte d'Appello di Trieste, con la decisione in esame, depositata in data 25.2.2005, in riforma di quanto statuito in primo grado, così statuiva: condanna F. International s.p.a., in persona del legale rappresentante, a pagare a G. Franco

e a F. Nadia la somma complessiva di euro 1.163,45 oltre alla rivalutazione monetaria ed agli altri interessi legali sull'ammontare progressivamente così rivalutato dal 23.8.1999 al saldo.

Affermavano, in particolare, i giudici di secondo grado che “con l’offerta del pacchetto turistico in esame, la società convenuta ha assunto obbligo di consentire agli acquirenti la fruizione di una spiaggia attrezzata e pulita e di un mare effettivamente balneabile, caratteristiche queste diffusamente evidenziate nel depliant illustrativo, che costituisce parte integrante dell’offerta contrattuale per contro, quel mare e quella spiaggia si sono rivelati in condizioni di inaccettabile sporcizia e disordine né, del resto, la F. International può invocare rispetto a tale situazione un esonero di responsabilità, non avendo essa provato che le scadenti condizioni dei luoghi rispetto a quanto pubblicizzato ed offerto derivassero da caso fortuito o forza maggiore e non piuttosto da incuria o insufficiente manutenzione degli stessi (fattori, questi, di cui il venditore del pacchetto turistico deve comunque rispondere nei confronti del cliente)”.

Ricorre per cassazione la A. s.p.a., con tre motivi; resistono con controricorso gli intimati. La A. ha altresì depositato memoria.

#### Motivi della decisione

Con il primo motivo di ricorso si deduce “violazione e falsa applicazione dell’art. 14 D.lgs. 111/1995 (art. 360 co. 1 n. 3 e 5)”. Si afferma in proposito che ha errato la Corte di merito nell’individuazione delle prestazioni a carico della F. s.p.a. in quanto l’organizzatore è tenuto a fornire tutti i servizi indicati ma non può certo garantire che le condizioni del mare siano sempre ottimali e senza per questo doversi ritenere che la foto riprodotta sul depliant non corrisponda all’effettivo stato dei luoghi. A ben vedere infatti ciò non è contestato, essendo per contro imperniata la doglianza delle controparti in una sorta di temporanea e parziale godibilità della “componente mare” per fatti contingenti.

Con il secondo motivo si deduce “violazione e falsa applicazione dell’art. 17 D.lgs. 111/95 e dell’art. 2697 c.c. (art. 360, comma 1 n. 3 e 5)”, in relazione al ritenuto inadempimento dell’onere probatorio a carico della F. riguardo ad un’eventuale situazione, escludente la responsabilità della stessa e configurabile caso fortuito o forza maggiore. In proposito si fa presente che “il Tour Operator non era tenuto a fornire la prova in questione posto che, come detto, non si è venuto a configurare un inadempimento contrattuale che avrebbe indotto l’organizzatore a giustificare l’eventuale esonero di responsabilità. Incombeva, piuttosto, sugli attori, contro le evidenze documentali di segno contrario, fornire la prova che lo specchio d’acqua non fosse balneabile, ed in che misura”.

Con il terzo motivo si deduce “omessa e insufficiente motivazione su un punto della controversia risarcimento del “danno da vacanza rovinata” (art. 360 c. 1, n. 5).

In particolare si fa presente che “la motivazione che sorregge il riconosciuto danno di natura non patrimoniale, appare del tutto insufficiente. Infatti, benché le sentenze citate (Cass. n. 8827/2003 e 8828/2003) abbiano riconosciuto la risarcibilità del danno morale, indipendentemente dai vincoli posti dall’art. 2059 c.c., esse ricollegano a due presupposti fondamentali e, precisamente: l’imputazione dell’evento (deve cioè accertarsi il nesso di causalità tra l’evento e la condotta del

responsabile) e la prova del danno (deve essere fornita la prova del pregiudizio arrecato all'interesse inerente alla persona costituzionalmente garantito). Nel caso in esame la Corte d'Appello si è limitata ad affermare che il danno risarcibile si identifica nello scadimento della qualità del soggiorno, da ritenere apprezzabile; manca nella motivazione della sentenza, qualsiasi riferimento alla accertata imputabilità al Tour Operator dei fatti lamentati, nonché alla provata lesione di un interesse inerente la persona”.

Il ricorso non merita accoglimento in relazione a tutte le suesposte doglianze, da trattarsi congiuntamente in quanto aventi ad oggetto il medesimo thema decidendum della responsabilità della A. s.p.a. (incorporante per fusione la F. International s.p.a., con atto del 27.10.2003), come affermata dalla Corte di merito, e della relativa motivazione dell'impugnata decisione.

Deve, anzitutto, rilevarsi che la fattispecie in esame rientra nella disciplina del d.lgs. n. 111/1995 (attuativa della direttiva Cee n. 90/314), disciplinante i viaggi e le vacanze “tutto compreso”, in quanto applicabile ai rapporti sorti anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 206/2005 (codice\_del\_consumo); in particolare deve farsi riferimento all'art. 14 ove si afferma che, in caso di mancato od inesatto inadempimento delle obbligazioni assunte con la vendita del pacchetto turistico, l'organizzatore e il venditore sono tenuti al risarcimento del danno (secondo le rispettive responsabilità, salvo prova di impossibilità della prestazione per causa a loro non imputabile); con l'ulteriore previsione che l'organizzatore o il venditore che si avvale di altri prestatori di servizi è “comunque” tenuto a risarcire il danno sofferto dal consumatore, salvo il diritto di rivalersi nei loro confronti.

Ciò premesso è da osservare che, sulla base di detta normativa, non censurabile è la sentenza in esame là dove, dapprima ha ritenuto, la F. , quale organizzatrice del viaggio, responsabile dell'inadempimento in questione nei confronti degli odierni resistenti sulla base della non corrispondenza tra quanto “promesso” (rectius: contrattualmente pattuito in relazione al livello qualitativo dell'originaria offerta di viaggio “tutto compreso”, come risultante da un depliant illustrativo da ritenersi parte integrante del contratto stesso) e quanto realmente “prestato” in sede di adempimento e là dove, in seguito, ha rilevato che la stessa F. non avesse adempiuto l'onere probatorio a suo carico (avente ad oggetto un'eventuale impossibilità della prestazione ad essa non addebitabile).

Ed infatti: l'art. 14 in esame, al 1° comma contiene una disciplina analoga a quella, in tema di responsabilità contrattuale, di cui al combinato disposto degli artt. 1218 e 1256 c.c. (salva la “particolarità” di cui al 2° comma, vale a dire l'obbligo “comunque” di risarcire il danno con possibilità di rivalersi da parte dell'organizzatore o venditore nei confronti di altri prestatori di servizi, in considerazione sia dell'esigenza di maggiore tutela del consumatore-utente del viaggio, sia della valutazione che l'adempimento di un pacchetto turistico è, nella prassi, a carico di più soggetti “debitori”).

Ne deriva che con il contratto avente ad oggetto un pacchetto turistico “tutto compreso”, sottoscritto dall'utente sulla base di una articolata proposta contrattuale, spesso basata su un depliant illustrativo, l'organizzatore o il venditore assumono specifici obblighi, soprattutto di tipo

qualitativo, riguardo a modalità di viaggio, sistemazione alberghiera, livello dei servizi etc., che vanno “esattamente” adempiuti; pertanto ove, come nel caso in esame, la prestazione non sia esattamente realizzata, sulla base di un criterio medio di diligenza ex. art. 1176 1° comma c.c. (da valutarsi in sede di fase di merito), si configura responsabilità contrattuale, tranne nel caso in cui, come detto, organizzatore o venditore non forniscano adeguata prova di un inadempimento ad essi non imputabile.

È evidente, in relazione a tale ultimo punto e argomentando ex art. 1256 c.c. ed anche ex art. 17 del d.lgs. in esame n. 111/95 pur se, tale norma in tema di esonero di responsabilità non fa specifico riferimento a detto art. 14, che per evitare il sorgere di responsabilità a loro carico (con conseguente obbligo risarcitorio), organizzatore e venditore dovranno provare: o il caso fortuito (o la forza maggiore), o l'esclusiva responsabilità del consumatore, oppure l'esclusiva responsabilità di soggetto-terzo, quali eventi successivi alla stipula del “pacchetto”.

Tali circostanze, non provate dalla F. , sono state comunque escluse, sulla base del discrezionale potere valutativo spettante al giudice del merito e con relativa adeguata e logica motivazione, dalla Corte di merito, e i connessi profili di fatto non possono essere ulteriormente esaminati nella presente sede di legittimità.

Infondato, in specie, è il terzo motivo, essendo evidente che la Corte di merito ha inteso liquidare il danno in questione sia dal punto di vista patrimoniale (a titolo di “spese che i G. hanno dovuto sostenere per i giornalieri trasferimenti alla diversa e idonea struttura balneare da essi individuata”), sia dal punto di vista non patrimoniale, in via equitativa, come conseguente danno ex art. 2059 c.c. alla persona che, nella vicenda in esame ed in linea anche con la recente giurisprudenza della S.U. (n. 26972/2008), trova un suo specifico titolo non nella generale previsione dell'art. 2 ma proprio nella cosiddetta “vacanza rovinata” (come legislativamente disciplinata).

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la società ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore di ciascuna parte resistente che liquida in euro 700,00 (di cui euro 200,00 per esborsi), oltre spese generali ed accessorie come per legge. Depositata in Cancelleria il 04.03.2010

**Giudice di Pace di Salerno del 10.5.2010**UFFICIO DEL GIUDICE DI PACE

SALERNO

Repubblica Italiana

In nome del Popolo Italiano

Il Giudice di Pace Dott. Luigi Vingiani ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al R.G.A.C. n. 4796-08 riservata all'udienza del 4.2.2010

TRA

Caio MAURIZIO , rapp.to e difeso, giusta mandato a margine dell'atto di citazione dagli Avv.ti Marida e Riccardo Nicodemo presso il cui studio elettivamente domicilia in Via G.De Caro n.6 Salerno

ATTORE

E

Caio Rosario e Sempronio Giovanni rapp.ti e difesi, giusta mandato a margine dell'atto di intervento dagli Avv.ti Marida e Riccardo Nicodemo presso il cui studio elettivamente domicilia in Via G.De Caro n.6 Salerno

INTERVENTORI

CONTRO

Alfa Alfa tours spa (ora Alfa italia s.p.a.), con sede in ... in persona del legale rapp.te p.t. rapp.ta e difesa giusta procura in atti dall'avv.Maria Rosaria Russo unitamente agli avvocati F.Carlo Assereto ed Andrea Greco del Foro di Genova ed el.te dom.to per questa procedura in Cava de'Tirreni alla Via Marconi n.53 presso lo studio dell'avv. Maria Rosaria. Russo -.

CONVENUTA

Nonché

Iberia, Lineas Aereas de Espana S.a. Direzione generale per l'Italia con sede in ... in persona legale rappresentante pro tempore e rappresentata e difesa come da delega in calce all'atto di chiamata in giudizio dagli avv.ti Matteo Ghisalberti e Francesco Trotta del Foro di Roma e dall'avv. Teresa Sammuri del Foro di Nocera Inferiore ed el.te dom.ta , ai fini del presente giudizio , presso lo studio di quest'ultima in Scafati alla Via Giovanni XXIII n.62

Terza chiamata in giudizio

CONCLUSIONI: come da verbali di causa e comparse depositate.

Esposizione delle ragioni in fatto ed in diritto della decisione

Con atto di citazione debitamente notificato in data 12.5.08, Caio Maurizio conveniva in giudizio, innanzi al Giudice di Pace di SALERNO, il Tour Operator Alfa Alfa Tours s.p.a (ora Alfa Italia s.p.a. ) in persona del legale rappresentante pro tempore, esponendo di aver al fine di conseguire il risarcimento di tutti i danni riportati (patrimoniali e non patiti in occasione di un soggiorno a Cuba svoltosi nel periodo compreso tra l... Novembre del 2007 a causa di gravi carenze organizzative, per il mancato imbarco in aereo a Madrid per una situazione di c.d. "overbooking" (si erano presentati all'aeroporto un numero di passeggeri superiore al numero di posti disponibili), per una diversa sistemazione rispetto al pattuito nell'Hotel Gamma (una camera doppia anzichè una tripla) , e la conseguente perdita di un giorno di soggiorno a Cuba non potendo così partecipare ad un'importante fiera prevista nel soggiorno ed alle ulteriori spese sostenute.

L'attore precisava altresì di aver sottoscritto un contratto con l'Agenzia Betaviaggi Viaggi sas di Salerno e di aver corrisposto l'importo complessivo di Euro 4500,00 anche per conto dei sigg. Caio Rosario e Sempronio Giovanni e di aver comunicato le inadempienze contrattuali e la richiesta di

risarcimento danni direttamente all'agenzia durante il viaggio ed al ritorno come da fax del 12 e 15 Novembre 2007 e di aver poi chiesto il risarcimento al Tour Operator.

Si costituiva in giudizio la Alfa Italia s.p.a. la quale eccepiva preliminarmente la carenza di legittimazione attiva dell'attore per quanto concerne il risarcimento degli altri compagni di viaggio Caio Rosario e Sempronio Giovanni , nonchè la decadenza per aver inoltrato il reclamo oltre il termine perentorio di gg.10 dal rientro così come previsto dall'art.19 d. l.gvo 11/95 oggi art.98 del codice del consumo. In ogni caso chiedeva ed otteneva di chiamare in giudizio il vettore :la Iberia Lineas Aereas De Espana S.A. per farsi manlevare in ipotesi di condanna.

Si costituiva in giudizio chiamata in giudizio IBERIA S.A. , la quale precisava di aver già risarcito l'attore per l'overbooking con il versamento della somma di Euro 600,00 ( per tratta superiore ai 3500 km.) nel pieno rispetto delle norme internazionali dettate dal regolamento CE 261/04 artt.4,7 avendo provveduto alla congrua assistenza ed alla prenotazione su di un volo alternativo rispetto a quello originariamente previsto.

Eccepiva , inoltre, la propria carenza di legittimazione passiva per quanto concerne il presunto ed ulteriore danno da vacanza rovinata attinente esclusivamente a rapporti tra il cliente e l'organizzatore.

All'udienza del 22-1-2009 proponevano domanda di intervento Caio Rosario e Sempronio Giovanni i quali aderendo alla domanda attorea, proponevano autonoma domanda di risarcimento danni esclusivamente nei confronti della convenuta Alfa Alfa Tours s.p.a (ora Alfa Italia s.p.a. ).

Rinviata la causa ai sensi dell'art.320 IV comma c.p.c., veniva ammesso ed espletato l'interrogatorio formale dell'attore che confermava le circostanze dedotte in atto di citazione e di aver tempestivamente informato l'agenzia di viaggio delle difficoltà sorte durante il soggiorno e di averle preannunciato ed inoltrato richiesta di risarcimento danni.

Successivamente veniva assunta la prova testimoniale articolata da parte attrice, con il teste Betaviaggi Mario il quale confermava di essere stato contattato da uno dei viaggiatori che gli riferiva i disagi sopportati e di aver informato il Tour operator Alfa Italia s.p.a. per attivare i servizi di assistenza.

In assenza di citazione testimoniale, su espressa eccezione della controparte , la convenuta veniva dichiarata decaduta dalla prova testimoniale .

Acquisita la documentazione prodotta da tutte le parti costituite, previa la precisazione delle conclusioni e la discussione come in atti la causa all'udienza del 4.2.2010 veniva riservata a sentenza.

\*\*\*\*\*

In via preliminare si osserva quanto segue :

a) la domanda, così come proposta, va dichiarata ammissibile poiché l'attore ha rispettato il contenuto dei combinati disposti dagli artt. 163 e 164 nonché 316, 318 e 319 c.p.c., ed ha adempiuto all'obbligo di costituzione in mora della convenuta, mediante raccomandata depositata agli atti.

b) dalla documentazione prodotta risultano altresì provate sia la legittimazione attiva dell'attore e degli interventori che la legittimazione passiva della convenuta Alfa Alfa Tours s.p.a (ora Alfa Italia s.p.a. ) e quella della terza chiamata in giudizio Iberia Lineas Aereas De Espana S.A. -

c) Risulta provato per tabulas che per l'episodio di c.d. "overbooking" è già stato corrisposta dal vettore Iberia all'attore Caio Maurizio la somma di Euro 600,00 e quindi il risarcimento di quanto previsto dalla normativa CE 261/04 agli artt.4,7 ed 8. Per completezza espositiva , va precisato che tale somma andava corrisposta dalla Iberia s.a. anche agli interventori Caio Rosario e Sempronio Giovanni i quali ,tuttavia, non hanno presentato alcuna richiesta nel presente giudizio né nei confronti del vettore né dell'organizzatore.

d) A seguito dell'avvenuto pagamento ed in assenza della relativa domanda non può quindi esservi pronuncia per l'episodio di c.d. "overbooking né nei confronti dell'organizzatore e né nei confronti del vettore.

Nel merito la domanda è fondata e per quanto di ragione va accolta.

Delle risultanze istruttorie

Nella prova testimoniale espletata, dalla deposizione del teste , sono emerse circostanze chiare e precise, sia sulla inadempienza contrattuale e sulle "traversie" sofferte dall'attore e dagli interventori a seguito della cancellazione del volo e del notevole ritardo per raggiungere la destinazione e dei disagi sofferti per il forzato pernottamento in una camera doppia anzichè tripla all'Hotel Gamma e per la riduzione del periodo di soggiorno pattuito.

E' emerso altresì che sono state corrisposte delle somme per i trasferimenti non previsti, e soprattutto che tutti gli inconvenienti furono prontamente segnalati all'agenzia Betaviaggi Viaggi sas la quale li aveva poi trasferiti al Tour operator.

Agli atti risultano inoltre depositati due fax inviati dalla Betaviaggi Viaggi s.a.s. alla Alfa e datati rispettivamente 12 e 15 Novembre del 2007 (quindi durante il periodo di soggiorno) con cui tra l'altro si chiede l'attivazione dell'assicurazione in vista reclamo clienti e si comunica la richiesta di risarcimento danni.

Della qualificazione della domanda

La (residua) domanda così come proposta dagli attori (Caio Maurizio, Caio Rosario e Sempronio Giovanni) e comunque così come qualificata dal giudicante è relativa (soltanto) ai danni inquadri nel contesto della più ampia configurazione del danno c.d. "da vacanza rovinata".

In sostanza, il pregiudizio materiale derivato dal ritardo nel viaggio, e la perdita di una parte del soggiorno rilevano soltanto e sono assorbiti nella più complessa configurazione del danno non patrimoniale di natura contrattuale conseguito al mancato godimento della vacanza (e non del semplice viaggio inteso come trasporto da un luogo all'altro) che gli attori avevano "acquistato" dalla Alfa Italia s.p.a. -

Nessuna domanda è stata formulata dagli attori, in quest'ultima prospettiva, nei confronti del vettore Iberia , chiamato in causa dalla Alfa Italia s.p.a. solo ai fini della eventuale "manleva" o "garanzia" per le somme che essa Alfa Italia s.p.a. fosse eventualmente condannata a corrispondere agli attori per i titoli e le ragioni di cui all'atto di citazione.

In realtà, il ritardato viaggio non è stato considerato dagli attori in sé stesso, come evento di per sé idoneo a produrre un danno (che pure ha prodotto), ma come evento "scatenante" dal quale è derivata la serie delle condotte, tutte riferibili a Alfa Italia s.p.a. che hanno - esse - prodotto l'effetto complessivo della "vacanza rovinata".

In sostanza gli attori non si dolgono di un evento (tutto sommato frequente o comunque non raro) quale l'overbooking, ma della negligenza, trascuratezza, incapacità dimostrate da Alfa Italia s.p.a. nel gestire le conseguenze dell'evento nonostante i solleciti inviati alla propria agenzia.

Da un punto di vista normativo, la fattispecie così individuata trova la sua disciplina negli articoli da 82 a 100 del D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del Consumo) e in particolare nell'art. 93 (mancato o inesatto adempimento) a norma del quale "... in caso di mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni assunte con la vendita del pacchetto turistico, l'organizzatore e il venditore sono tenuti al risarcimento del danno, secondo le rispettive responsabilità, se non provano che il mancato o inesatto adempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a loro non imputabile".

"L'organizzazione o il venditore che si avvale di altri prestatori di servizi è comunque tenuto a risarcire il danno sofferto dal consumatore, salvo il diritto di rivalersi nei loro confronti". Ciò significa:

- a) che grava sull'organizzatore l'onere della prova della non imputabilità a sé dell'impossibilità della prestazione;
- b) che è all'organizzatore del viaggio che il cliente può e deve "comunque" rivolgersi per il risarcimento, anche nel caso in cui il danno sia stato in tutto o in parte patito ad opera del prestatore di servizi di cui l'organizzatore stesso si è avvalso;
- c) che l'organizzatore può solo rivalersi nei confronti del prestatore di cui si è avvalso, per i danni che è stato costretto a risarcire al cliente e che si presume siano riferibili al "prestatore esterno" o terzo.

Della domanda di manleva

Il rapporto con il "prestatore esterno" di servizi rileva dunque, esclusivamente, in via di rivalsa da parte dell'organizzatore del viaggio e solo nei limiti in cui il danno sia in tutto o in parte riferibile al prestatore esterno.

Nello stesso senso dispone l'art. 13 della legge 1084/77 di ratifica della Convenzione di Bruxelles, a norma del quale:

"L'organizzatore di viaggi risponde di qualunque pregiudizio causato al viaggiatore a motivo dell'inadempimento totale o parziale dei suoi obblighi di organizzazione quali risultano dal contratto o dalla presente Convenzione, salvo che egli non provi di essersi comportato da organizzatore di viaggi diligente".

Anche in questa prospettiva, spetta sempre all'organizzatore l'onere di provare di essersi comportato con diligenza (e, quindi, la non riferibilità a se stesso dell'inadempimento, totale o parziale).

Né pare possibile invocare in contrario, con riferimento alle prestazioni fatte effettuare da terzi, la clausola di esonero di cui all'art. 15 n. 1 della legge 1084/77 (di ratifica ed esecuzione della

Convenzione di Bruxelles) in base al quale "L'organizzatore di viaggi che fa effettuare da terzi servizi di trasporto... relativi all'esecuzione del viaggio... risponde di qualsiasi pregiudizio causato al viaggiatore a motivo dell'inadempimento totale o parziale di questi servizi".

Lo stesso avviene per qualunque pregiudizio causato al viaggiatore nel corso dell'esecuzione di queste prestazioni, "salvo che l'organizzatore di viaggi non provi di essersi comportato da organizzatore di viaggi diligente nella scelta della persona che esegue il servizio".

La clausola di esonero così formulata non è applicabile al caso in esame, prima di tutto perché è dell'inadempimento diretto dell'organizzatore ai propri obblighi che gli attori si dolgono (e non del mero inadempimento del vettore di puntualità nel cambio di aereo a Madrid): è a Alfa, infatti, e non ad Iberia che essi imputano la "vacanza rovinata".

D'altra parte va rilevato che parte convenuta nulla ha provato nel presente giudizio essendo decaduta dalla prova testimoniale ammessa e non espletata.

La domanda di manleva va quindi respinta.

Della decadenza di cui all'art.98 codice del consumo

Alfa Italia s.p.a. ha tuttavia eccepito, in via preliminare, la decadenza degli attori dal diritto di far valere l'invocato inadempimento da parte dell'organizzatore, sulla base del disposto di cui all'art. 98 Codice del Consumo.

A bene vedere, tuttavia, l'articolo 98 regola una fattispecie diversa da quella in esame, caratterizzata, come si è detto, non da una singola, specifica "mancanza" nell'esecuzione del contratto (l'overbooking), ma dalla contestazione di un comportamento complessivo tradottosi nell'aver fornito un servizio turistico (la "vacanza") rivelatosi parzialmente inadatto rispetto a quanto pattuito.

Non, beninteso, nel senso che l'organizzatore debba garantire il buon esito della vacanza, ma - piuttosto - nel senso che esso non debba tenere comportamenti o incorrere in omissioni che privino il servizio turistico della sua funzione essenziale, che è pur sempre quella di creare condizioni favorevoli alla realizzazione della dimensione propria di una "vacanza".

L'articolo 98, al contrario, pone dei termini di decadenza per il caso di singole mancanze nell'esecuzione del contratto, mancanze che devono essere contestate o immediatamente (perché si provveda a porvi rimedio, proprio al fine di salvaguardare il bene "vacanza") o, dopo il rientro, nelle forme e nei termini di cui al punto 2 dell'art. 98.

Ora, al di là del fatto che la richiesta di assistenza inoltrata all'agenzia Betaviaggi Viaggi integra in pieno la contestazione di cui al n. 1 dell'art. 98, si osserva e si richiama l'orientamento giurisprudenziale (Tribunale di Genova, Sez. VI, 5 aprile 2007) secondo cui in ipotesi di doglianza di vacanza rovinata non si applica l'art. 98, e nessuna decadenza specifica diversa dalla prescrizione ordinaria è posta quando - come nel caso in esame - il soggetto che ha già adempiuto chiede il risarcimento per il danno derivatole dall'inadempimento della controparte, ex art. 1453 c.c.

Legittimamente dunque gli attori hanno proposto la loro domanda, con la messa in mora del 6.12.2007 e con l'atto di citazione o intervento in atti.

Del merito e della quantificazione del danno da "vacanza rovinata"

Occorre a questo punto valutare se effettivamente la vacanza sia stata "rovinata" e se questo esito sia da riferirsi, in tutto o in parte, alla violazione da parte di Alfa Italia s.p.a. di specifici obblighi di professionalità e diligenza ad essa facenti capo nell'ambito del contratto turistico in questione. E' evidente a questo proposito che la cattiva riuscita della vacanza non può dipendere - per dar luogo a risarcimento per quel titolo - da elementi soggettivi e personali del cliente, quali il suo stato d'animo, o di salute, o i cattivi rapporti con i compagni di viaggio e simili. Occorre, invece, che vi sia un diretto (anche se non necessariamente esclusivo) nesso causale tra una o più "mancanze" da parte dell'organizzatore del viaggio e il risultato negativo di esso.

Nella specie, non vi è dubbio che il ritardo nel viaggio , il forzato pernottamento a Madrid, la disponibilità di una camera più piccola rispetto al numero di persone, e la riduzione di un giorno della complessiva vacanza , sia addebitabile all'organizzatore il quale ha ommesso, ,come è suo dovere professionale e giuridico, di adottare le opportune iniziative , ed abbia comportato gravi disagi superando il limite della normale tollerabilità, e tali da compromettere la stessa buona riuscita del viaggio,.

In realtà, una volta "rovinata", molto difficilmente una vacanza recupera il suo valore sul finire, é va scordato che Alfa non tenne conto dell'accaduto nemmeno in via "compensativa" o riparatoria, al termine del viaggio . L'offerta di uno sconto o di un "buono" a valere per un altro viaggio avrebbe con ogni probabilità contribuito a rasserenare gli animi e ad evitare il presente contenzioso.

Sotto tale profilo deve ritenersi che Alfa non abbia fornito (né offerto di fornire) la prova della propria diligenza, come sarebbe stata tenuta a fare in base alla legge (art. 93 Codice del Consumo, art. 13 Legge di ratifica della Convenzione di Bruxelles).

Privo di pregio è infine il tentativo posto in essere da Alfa di escludere la propria legittimazione, sostenendo che gli attori avrebbero dovuto rivolgersi al vettore : questo sia in considerazione del fatto che il danno lamentato può farsi valere solo nei confronti dell'organizzatore del viaggio, sia in considerazione del fatto che il vettore ha adempiuto al pagamento nei confronti del richiedente dell'indennizzo nella misura dovuta .

Su tali basi, deve essere riconosciuta la piena fondatezza della domanda proposta dagli attori nei confronti di Alfa Italia s.p.a.

L'entità del danno può essere determinata in via equitativa, tenendo conto del fatto che, almeno per gli ultimi sei giorni, gli attori poterono comunque pienamente usufruire della vacanza acquistata. I danni possono quindi determinarsi nella misura di Euro 500,00 per ciascuno degli attori.

Sulla somma così liquidata e determinata a titolo di risarcimento del danno sono poi dovuti gli interessi al tasso legale, diretti a coprire ed a compensare l'ulteriore pregiudizio costituito dal mancato godimento dei frutti di un bene; tali interessi, dato questo loro fondamento, decorrono dalla data della perdita del godimento del bene e del correlativo verificarsi dell'arricchimento, (e quindi dal 20.11.2007) , e fino all'effettivo soddisfo.

Delle spese del giudizio

Le spese seguono la soccombenza nei confronti della convenuta e vanno liquidate a favore dei procuratori dell'attore e degli interventori i quali hanno dichiarato di averle anticipate.

Invece, per le ragioni della decisione sussistono, a parere del giudice, giusti ed equi motivi per disporre la totale compensazione delle spese tra la convenuta Alfa Italia s.p.a. ed il terzo chiamato in giudizio Iberia Lineas Aereas De Espana S.A.-.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace di SALERNO, dott. Luigi Vingiani, ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione disattesa, definitivamente pronunciando sulla domanda principale proposta da Caio Maurizio, Caio Rosario e Sempronio Giovanni nei confronti di Alfa Alfa tours spa (ora Alfa italia s.p.a. con atto di citazione notificato il 12/05/2008 e con atto di intervento del 22.1.2009 , e della domanda di manleva proposta da Alfa Alfa tours spa (ora Alfa italia s.p.a.) nei confronti di Iberia Lineas Aereas De Espana S.A. con atto del 12.11.2008 , così provvede:

- 1) Dichiarare l'inadempimento e l'esclusiva responsabilità della Alfa Alfa tours spa (ora Alfa italia s.p.a.) relativamente al contratto per cui è causa;
- 2) Condanna Alfa Alfa tours spa (ora Alfa italia s.p.a. ) in persona del legale rappresentante p. t., al risarcimento dei danni in favore di Caio Maurizio, Caio Rosario e Sempronio Giovanni quantificato nella misura di complessivi Euro 500,00 cadauno oltre gli interessi legali dalla data del viaggio (20.11.2007) e fino al saldo;
- 3) Condanna Alfa Alfa tours spa (ora Alfa italia s.p.a.) in persona del legale rappresentante p. t., alla rifusione in favore di Caio Maurizio, Caio Rosario e Sempronio Giovanni delle spese processuali da questi ultimi sostenute per il presente procedimento, che liquida (con la maggiorazione di cui alla tariffa professionale in ipotesi di cause connesse) in complessivi €. 1300,00 , di cui €. 100,00 per spese , €. 600,00 per diritti ed €. 600,00 per onorari, oltre al rimborso forfettario per spese generali ai sensi del D.M. Grazia e giustizia 5/10/94 n.585 e successive modificazioni (sull'importo di diritti ed onorari), nonché oltre accessori previdenziali e tributari, se documentati a mezzo fattura e non detraibili, con attribuzione ai procuratori antistatari avv. Marida Nicodemo e Gerardo Nicodemo .
- 4) Rigetta la domanda di manleva proposta da Alfa Alfa tours spa (ora Alfa italia s.p.a. ) nei confronti di Iberia Lineas Aereas De Espana S.A.
- 5) Compensa interamente tra la convenuta ed il terzo chiamato in causa le spese del giudizio in ordine alla domanda di manleva.

Così deciso in SALERNO lì 10.5.2010

Il Giudice di Pace

Avv. Luigi Vingiani

REEPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

L'avv. Italo BRUNO,  
Giudice di Pace del Mandamento di Pozzuoli,  
ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

nella causa iscritta al n.1480/08 R.G. - Affari Contenziosi Civili - avente ad oggetto:

Risarcimento danni,

**T R A**

(TIZIA), nata a (...) il (...) ed ivi res.te alla Via (...) n.(...) – c.f. (...) - elett.te dom.ta in (...) alla Via (...) n.(...) presso lo studio dell'avv. (...) che la rapp.ta e difende giusta mandato a margine dell'atto di citazione; ATTRICE

**E**

S.p.A. (ZETA), in persona del legale rapp.te pro-tempore, con sede in (...) alla Via (...) n.(...) – P.Iva (...) - elett.te dom.ta in (...) alla via (...) n.(...) presso lo studio dell'avv. (...) che la rapp.ta e difende congiuntamente all'avv. (...) del Foro di (...), giusta procura in calce alla comparsa di costituzione e risposta; CONVENUTA

**CONCLUSIONI**

Per l'attrice: accogliere la domanda; dichiarare l'esclusiva responsabilità della Spa (Zeta), in persona del legale rapp.te pro-tempore, in ordine allo smarrimento del bagaglio di sua proprietà e, per l'effetto, condannarla al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi, sia patrimoniali in misura non inferiore ad € 400,00 per la perdita del bagaglio e del suo contenuto, sia non patrimoniali (danno morale, esistenziale e da vacanza rovinata) da liquidarsi in via equitativa nei limiti di € 1.000,00, oltre interessi dalla domanda sino al soddisfo, nonché spese, diritti ed onorari di giudizio con attribuzione al procuratore anticipatario.

Per la convenuta: dichiarare l'incompetenza territoriale del Giudice adito; dichiarare la decadenza di parte attrice dall'azione di risarcimento danni per essersi estinta; rigettare la domanda in quanto infondata in fatto ed in diritto e non provata; vittoria di spese, diritti ed onorari di giudizio.

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

(TIZIA), con atto di citazione ritualmente notificato il 15/11/07 alla S.p.A. (ZETA) la conveniva innanzi a questo Giudice affinché fosse dichiarata la sua esclusiva responsabilità in ordine alla perdita del bagaglio di sua proprietà e, per l'effetto, condannata al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi, sia patrimoniali in misura non inferiore ad € 400,00, sia non patrimoniali (danno morale, esistenziale e da vacanza rovinata) da liquidarsi in via equitativa in misura non inferiore ad € 1.000,00.

Nell'atto di citazione assumeva:

- che, il trasporto veniva garantito dal vettore aereo (Zeta) con partenza da Napoli con il volo AZ1280 ed arrivo a Vienna con il volo AZ0191;

- che, giunta a destinazione si recava presso il nastro trasportatore per prelevare il proprio bagaglio, precedentemente dato in custodia al vettore (Zeta) prima dell'imbarco all'aeroporto di Napoli;
- che, detto bagaglio non veniva riconsegnato perché smarrito;
- che, lo smarrimento del bagaglio veniva prontamente segnalato all'ufficio Lost & Foud per la relazione della clientela della Società (Zeta);
- che, detto bagaglio veniva riconsegnato dopo tre giorni;
- che, in mancanza del bagaglio dove erano custoditi tutti gli indumenti, gli oggetti e gli effetti personali, è stata costretta ad acquistare il necessario per proseguire la vacanza;
- che, a nulla è valsa la richiesta di risarcimento danni avanzata alla Spa (Zeta) a mezzo racc.ta a.r. n. 13082582053-5 ricevuta il 12/11/07.

Instauratosi il procedimento, si costituiva la Spa (Zeta) che, preliminarmente eccepiva l'incompetenza territoriale e l'estinzione del diritto fatto valere e, nel merito, contestava la domanda sia sull'an che sul quantum debeatur. Esperito inutilmente il tentativo di conciliazione, veniva articolata, ammessa ed espletata prova per testi.

Nelle more del giudizio, la convenuta Spa Zeta) comunicava che il Tribunale di (...) aveva dichiarato il suo stato di insolvenza, per cui il procedimento veniva interrotto.

Con istanza del 2/10/09 l'attrice riassumeva il giudizio notificando il ricorso alla Spa (Zeta) in data 19/10/09.

Sulle rassegnate conclusioni, all'udienza del 26/5/10, la causa veniva assegnata a sentenza.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente vanno disattese le eccezioni d'incompetenza funzionale e territoriale eccepite dalla convenuta Spa (Zeta).

Non vi è dubbio che, nel caso di specie va applicata la normativa di cui alla Convenzione di Montreal.

Il 28 giugno 2004 è entrata in vigore in Italia (e nella Comunità Europea) la Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 sul trasporto aereo internazionale. Contestualmente è divenuto applicabile il Regolamento (CEE) n.889/2002 del 13 maggio 2002, che ha modificato il Regolamento (CEE) n.2027/1977 sulla responsabilità del vettore aereo nel trasporto di persone e di bagagli.

La Convenzione di Montreal si applica ai trasporti internazionali, allorquando il luogo di partenza e quello di arrivo sono situati sul territorio di due Stati contraenti, o sul territorio di un solo Stato contraente se è previsto uno scalo nel territorio di un altro Stato non contraente (art. 1 n.2).

L'art. 33 (competenza giurisdizionale) di detta Convenzione stabilisce che: l'azione per il risarcimento del danno è promossa, a scelta dell'attore, nel territorio di uno degli Stati Parti (criterio per la giurisdizione), o davanti al Tribunale (criterio per la competenza) del domicilio del vettore o della sede principale della sua attività o del luogo in cui esso possiede un'impresa che ha provveduto a stipulare il contratto, o davanti al Tribunale del luogo di destinazione (criterio per la competenza).

E' ius receptum che, all'interno dell'ordinamento giudiziario dello Stato investito di giurisdizione, ex art. 33 Convenzione di Montreal, la distribuzione della competenza tra diversi ordini del potere giudiziario, o razione materiae e valoris all'interno dello stesso ordine, è rimessa alla legge di tale Paese.

E', quindi, evidente che l'impiego del termine "Tribunale", nella versione in lingua Francese delle predette fonti, è da intendersi nel senso generale di autorità giudiziaria senza alcuna pretesa di determinazione di una competenza per funzione o materia o valore.

La norma in esame attribuisce solo una competenza internazionale, mentre quella interna è completamente rimessa alla lex fori, appunto chiamata a regolare la procedura.

Rettamente, quindi, l'istante (residente in Pozzuoli, parte danneggiata e consumatore) ha adito il Giudice di Pace di Pozzuoli, competente per valore e per territorio.

Infatti, anche per la competenza territoriale, la regola legislativa è contenuta nel codice del consumo (D.L.vo 6/9/05 n.206), secondo cui si presume la vessatorietà della clausola che stabilisce come sede del foro competente una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore. Detta regola viene interpretata dalla giurisprudenza nel senso che, nelle controversie tra consumatore e professionista, si è stabilita la competenza territoriale esclusiva ed inderogabile (se non con apposita trattativa individuale) del giudice del luogo del consumatore, a prescindere dell'avvenuta designazione di una determinata sede giudiziaria nel documento negoziale e dall'operatività dei criteri ordinariamente previsti.

Ancora in via preliminare va disattesa l'eccezione di decadenza di parte attrice dall'azione di risarcimento danni per essersi estinta.

L'art. 31 della Convenzione di Montreal (Termini per la presentazione dei reclami), citato dalla convenuta, si riferisce all'ipotesi in cui il bagaglio abbia riportato dei danni.

Nel caso di specie, essendo stato consegnato il bagaglio integro, l'attrice non era tenuta a presentare alcun reclamo entro ventuno giorni dalla data in cui il bagaglio è stato messo a sua disposizione.

Nel merito, la domanda è fondata e va accolta nei limiti di cui in motivazione.

E' provato documentalmente e con prova testimoniale, mentre la convenuta Società si è solo limitata ad eccepire l'assenza di qualsivoglia prova del danno subito:

- che l'attrice, nel viaggio di andata Napoli-Vienna subiva lo smarrimento della valigia contenente tutto il vestiario e gli effetti personali;
- che, lo smarrimento del bagaglio veniva prontamente segnalato all'ufficio Lost & Foud per la relazione della clientela della Società (Zeta);
- che, fu costretta ad acquistare tutto il vestiario e gli effetti personali che erano nella valigia smarrita, occorrente per il soggiorno di cinque giorni;
- che, il bagaglio le veniva riconsegnato dopo tre giorni.

Pertanto, a norma della Convenzione di Montreal, il vettore è responsabile del danno derivante da ritardo nel trasporto aereo di passeggeri, bagagli o merci (art. 19) se non dimostra che egli stesso e i propri dipendenti e preposti hanno adottato tutte le misure che potevano essere ragionevolmente richieste per evitare il danno oppure che era loro impossibile adottarle.

Per quanto concerne il risarcimento dei danni, l'art. 22, comma 2, della Convenzione di Montreal limita la responsabilità del vettore alla somma di 1000 diritti speciali di prelievo per passeggero, equivalente a circa € 1.134,00.

Questo Giudice, ritiene che detta somma sia più che congrua rispetto all'effettivo danno subito dall'istante la quale, con la sola prova testimoniale non ha provato né la somma pagata per l'acquisto dei vestitari prima della partenza, né la somma pagata per l'acquisto dei vestitari dopo lo smarrimento del bagaglio. Ella avrebbero dovuto provare la spesa sostenuta con le ricevute di acquisto, da dove si poteva evincere la quantità e la qualità dei capi di vestiario e degli effetti personali acquistati.

Detto importo è comprensivo del danno morale e da vacanza rovinata, così come statuito dalla Corte di Giustizia Europea, Terza Sezione, con la sentenza del 6/5/10:

- Il termine «danno» contenuto all'art. 22, n. 2, della convenzione per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale conclusa a Montreal il 28 maggio 1999, che fissa la limitazione della responsabilità del vettore aereo per il danno derivante in particolare dalla perdita di bagagli, deve essere interpretato nel senso che include tanto il danno materiale quanto il danno morale.

A Detto importo vanno aggiunti gli interessi legali dalla data della richiesta di risarcimento (11/10/07) fino all'effettivo soddisfo.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate, d'Ufficio, come in dispositivo, tenendo conto della somma liquidata e della relativa tariffa per scaglione, nonché dell'attività processuale svolta.

La sentenza è esecutiva ex lege.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace del Mandamento di Pozzuoli, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da (TIZIA) nei confronti della S.p.A. (ZETA), in persona del legale rapp.te pro-tempore, disattesa ogni altra istanza ed eccezione, così provvede:

- 1) accoglie la domanda e, per l'effetto condanna la S.p.A. (ZETA), in persona del legale rapp.te pro-tempore, al pagamento in favore di (TIZIA) della somma di € 1.134,00, oltre interessi legali dalla richiesta di risarcimento (11/10/07) fino all'effettivo soddisfo;
- 2) condanna, altresì, la suddetta convenuta al pagamento delle spese processuali che liquida nella complessiva somma di € 1.500,00, di cui € 200,00 per spese, € 500,00 per diritti ed € 800,00 per onorari, oltre 12,50% ex art. 14 L.P., IVA e CPA se ed in quanto ricorrano i presupposti di legge per tale ripetibilità, oltre successive occorrente;
- 3) distrae la somma così liquidata per spese processuali a favore del procuratore anticipatario;
- 4) sentenza esecutiva ex lege.

Così decisa in Pozzuoli e depositata in originale il giorno 23 giugno 2010.

IL GIUDICE DI PACE

(Avv. Italo BRUNO)

**Cassazione, SEZ. III CIVILE - 6 luglio 2009, n.15798**

Motivi della decisione

1. - Con il primo motivo (violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. e 2729 c.c., in relazione agli artt. 360 n. 3 c.p.c. per violazione e falsa applicazione di norme di diritto e 360 n. 5 c.p.c. “per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia prospettata dalle parti”) la Z. sostiene che il giudice dell'appello avrebbe erroneamente dichiarato inammissibile la prova da lei articolata.

Riconosce la ricorrente che la prova fu articolata in primo grado, ma non venne coltivata in sede di precisazione delle conclusioni, sebbene poi riproposta in appello (p. 8 ricorso).

Il motivo e' inammissibile, perché non censura la ratio decidendi del giudice dell'appello di cui riconosce i presupposti di fatto.

Ne consegue l'assorbimento del secondo motivo circa il nesso eziologico, disconosciuto dalla sentenza impugnata.

Peraltro, per suffragare il suo convincimento, il giudice del merito affronta anche “per esigenze di completezza argomentative” le doglianze dell'attuale ricorrente.

Argomenta il giudice che “la sorte del giudizio non sarebbe stata diversa se la Z. avesse dimostrato la rilevanza causale del microrganismo ustionante presente nelle acque antistanti al villaggio turistico, poiché ai fini dell'accertamento della responsabilità della compagnia di viaggio, la danneggiata avrebbe altresì dovuto provare non solo che la controparte fosse stata a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della presenza dell'alga marina in quel tratto di mare e nel periodo in cui ebbe luogo la vacanza e della probabilità di un contatto aggressivo facilitato dalla bassa marea, ma anche che ella, se informata di tale eventualità, si sarebbe astenuta dallo stipulare il contratto (di viaggio n.d.r.) o lo avrebbe concluso a condizioni diverse” (p. 5 sentenza impugnata).

Simile motivazione non risulta ne' insufficiente ne' contraddittoria non ravvisandosi nel ragionamento del giudice del merito ne' il mancato esame di un punto decisivo della controversia, prospettato dalla parte (in quanto, come esposto, la Corte territoriale esamina proprio il punto sulla richiesta di apposita CTU per disattenderla) ne' un insanabile contrasto tra le argomentazioni complessivamente adottate (Cass. n. 2399/04).

Ne' può dedursi di aver in tal modo posto a carico del viaggiatore-consumatore la prova di conoscenza delle circostanze da parte della Ventaglio.

Infatti, il giudice dell'appello, investito della domanda risarcitoria, ha accertato che la Ventaglio ha agito secondo il criterio della diligenza professionale (art. 1176 c.c.) e della buona fede precontrattuale e contrattuale (artt. 1175, 1337, 1374, 1375 c.c.), in quanto ha ritenuto che “il fenomeno della bassa marea, quale situazione favorevole all'azione nociva di eventuali microrganismi acquatici” non fosse riconducibile “al novero di quelle informazioni di carattere generale” che l'organizzatore del viaggio deve mettere a disposizione del “consumatore”.

Al riguardo, va evidenziato che l'organizzatore di viaggi turistici, in base ai principi contenuti nella Convenzione di Bruxelles del 23 aprile 1970, concernente il contratto di viaggio deve adottare tutte le misure idonee ad evitare danni a coloro che vi partecipano (Cass. n. 4636/97); e' tenuto ad una condotta che non superi il livello medio di diligenza (Cass. n. 20787/04).

Pertanto, una volta informato il viaggiatore, come è stato fatto nella specie, delle prestazioni promesse (trasporto, alloggio, attività sportive, escursioni e quant'altro), e messo a disposizione di questi il cd. opuscolo informativo menzionato dall'art. 9 del decr. leg.vo n. 111/95, che contempla tra le informazioni generali quelle sole notizie, di carattere per lo più amministrativo, necessarie per recarsi all'estero e indicato nel documento di viaggio i servizi forniti e le condizioni atte a giustificare l'annullamento, nulla più incombe al detto organizzatore per dimostrare di aver adempiuto con la dovuta diligenza ai suoi obblighi.

Nella specie, il CTU e la relazione del CT di parte hanno solo indicato come causa probabile, ma non certa, che la fotodermatite sia stata causata da un microrganismo acquatico (p. 4 sentenza impugnata), per cui la probabilità della causa non si configura come causalità necessaria ed esclude di per se' ogni responsabilità precontrattuale, rinvenibile soltanto in una negligenza informativa, che allo stato, non e' stata ritenuta, dovendosi ragionevolmente considerare che esula dalla esperienza dell'organizzatore del viaggio e dalla sua necessaria professionalità la cognizione della bassa marea in un posto e della esistenza di microrganismi infetti nello stesso.

Di vero, l'assunto dell'attuale ricorrente, secondo il quale vi sarebbe stata omessa informazione di un pericolo e di un danno alla sua pelle, dovuti alla interazione tra la bassa marea e la presenza dell'alga ustionante, che, invece, la compagnia era tenuta a rappresentarli, non comporta, come correttamente rilevato nella sentenza impugnata, alcun nesso di causalità tra l'asserita negligenza informativa e la fotodermatite, determinata, peraltro, da un raro, a dire della ricorrente, microrganismo.

Di qui l'assorbimento degli altri profili in esso contenuti circa il danno patrimoniale, danno morale, rimborso spese e da vacanza rovinata.

In conclusione il ricorso va respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa tra le parti integralmente le spese del presente giudizio.

### **Giudice di Pace di Salerno - 9 luglio 2009**

Repubblica Italiana

In nome del Popolo Italiano

UFFICIO DEL GIUDICE DI PACE DI SALERNO

Il Giudice di Pace, avv. Luigi Vingiani, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 2691 del Ruolo Generale Affari Civili dell'anno 2007

TRA

-----, rappresentato e difeso dall'avvocato ---- con studio in Salerno alla via S. --- n. 119 giusto mandato a margine dell'atto di citazione

ATTORE

E

---., in persona del legale rapp.te pro tempore, con sede legale in ----- rappresentata e difesa dall'avv. ----- del foro di Napoli e domiciliata in Salerno alla via Generale Diaz, 69 presso lo studio dell'avv.to ----- giusta procura generali alle liti

CONVENUTA

NONCHÈ

AGENZIA VIAGGI ----., in persona del legale rapp.te p.t., con sede legale in Salerno alla via ---, rappresentata e difesa dall'avv. ---- ed elettivamente domiciliata in Salerno alla via F. ---- n. 7 giusto mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta

TERZA CHIAMATA IN CAUSA

CONCLUSIONI: Come da verbali di causa e comparse in atti

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato, il sig. --- conveniva in giudizio, innanzi al Giudice di Pace di Salerno, la ---- S.L., in persona legale rappresentante p.t., per dichiarare l'inadempimento

agli obblighi contrattuali della convenuta assunti con la vendita del pacchetto turistico cd. 'tutto compreso' acquistato, per il costo complessivo di euro 456,00, in data 3.05.2006 al 10.05.06 ed avente ad oggetto un soggiorno in Parigi presso l'Hotel --- e comprensivo anche di volo di andata e ritorno. L'attore, affetto di grave handicap, lamentava che una volta giunto nell'Hotel prenotato non aveva ritrovato la camera di albergo idonea ad ospitare una persona disabile. Seppure l'hotel --- aveva proposto all'attore, dopo varie lamentele, una soluzione alternativa alla camera prenotata, anche la camera del secondo albergo era comunque inadeguata ad accogliere un portatore di handicap.

L'attrice, quindi, concludeva per la condanna della convenuta alla restituzione di quanto versato a titolo di acquisto del pacchetto turistico oltre il risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, subiti entro i limiti della competenza per valore e con vittoria di spese, diritti ed onorari, con attribuzione.

All'udienza di prima comparizione, regolarmente citata, si costituiva la --- S.L.. Il procuratore della --- S.L., nell'eccepire la circostanza che la convenuta non è un tour operator ma una società di intermediazione tra le agenzie e gli alberghi, concludeva per il rigetto della domanda attorea, atteso che non vi è responsabilità per inadempimento contrattuale.

Nelle more del giudizio, l'attore chiedeva ed otteneva di chiamare in causa l'Agenzia Viaggi ---, la quale si costituiva ed eccepiva la propria carenza di legittimazione passiva atteso che svolge un'attività di intermediazione e di vendita di servizi già predisposti da altri. Concludeva quindi per la dichiarazione di carenza di legittimazione passiva, e comunque per il rigetto della domanda attorea o, in subordine, in caso di accoglimento della domanda attorea, per la condanna della sola --- s.l..

Veniva espletata prova testimoniale, diretta e contraria, e precisate le conclusioni delle parti, la causa veniva assegnata a sentenza in data 2.02.09, con termine per note.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Si precisa che questa controversia viene decisa secondo diritto a prescindere dal valore della stessa. Le legittimazioni delle parti sono provate per tabulas essendo prodotte in giudizio documenti attestanti l'esistenza del rapporto dedotto dall'attore e, comunque, la documentazione prodotta dall'istante non è stata mai espressamente negata dal convenuto e dall'agenzia di viaggi.

La domanda attorea risulta fondata e va accolta.

Questo Giudice osserva che, per la presente controversia, occorre fare riferimento alla normativa contenuta nel Codice del Consumo (decreto legislativo 206/2005) che agli artt. 82 e ss. disciplina i viaggi, le vacanze ed i circuiti tutto compreso. In particolare, il menzionato Codice del Consumo statuisce in ordine i cosiddetti pacchetti turistici, intendendo per tali quelli che hanno ad oggetto almeno due delle seguenti prestazioni: a) trasporto; b) alloggio; c) altri servizi turistici non accessori ai primi (ad es. vitto, visite guidate a musei, attività ricreative, corsi di lingua o di pratica sportiva). Ulteriori presupposti applicativi sono, poi, che il viaggio abbia durata superiore alle ventiquattro ore, ovvero si estenda per un periodo di tempo comprendente almeno una notte, e che il prezzo per le prestazioni contrattuali abbia carattere forfettario considerata la unitarietà del pacchetto,

unitarietà che non è compromessa dalla eventuale separata fatturazione dei vari elementi che la compongono e che è anzi enfatizzata dall'uso del termine vendita riferito al pacchetto oggetto dello scambio.

Quanto, invece, all'ambito soggettivo di applicazione del citato decreto, lo stesso chiarisce che il pacchetto deve essere venduto o proposto dall'organizzatore o dal venditore, definendosi il primo come colui che...“realizza la combinazione degli elementi di cui all'art. precedente e si obbliga in nome proprio e verso corrispettivo forfettario a procurare a terzi pacchetti turistici, che può poi vendere egli stesso - nel qual caso ricorre la figura dell'organizzazione venditore - ovvero può far vendere a terzi, assumendo quindi il solo ruolo di organizzatore”; individuandosi, invece, il secondo in colui che ... “vende, o si obbliga a procurare pacchetti turistici realizzati ai sensi dell'art. 2 verso un corrispettivo forfettario.”

Viene, inoltre, definito come consumatore chi “acquista il pacchetto, ma anche chi subentra nel contratto quale cessionario del pacchetto o la persona da nominare per conto della quale altri si è impegnato ad acquistare il pacchetto senza remunerazione.”

In applicazione di tali principi, allora, ne consegue che alcun dubbio può sussistere che, nella specie, la proposta di compravendita di pacchetto/servizio turistico sottoscritta dall'attore debba considerarsi, in ragione del suo complessivo contenuto (prefissata combinazione di trasporto, alloggio ed altri servizi), come proposta di acquisto di pacchetto turistico, che, una volta accettata dalla Agenzia Viaggi (venditrice) e dalla --- (organizzatore), è stata disciplinata dal Codice del Consumo.

Ciò posto, deve ancora evidenziarsi, che quest'ultimo, tra l'altro, prevede: a) che il contratto di vendita di pacchetti turistici è redatto in forma scritta ed in termini chiari e precisi: il primo requisito non è previsto a pena di nullità, onde deve escludersi che integri elemento essenziale del contratto, mentre la chiarezza e la precisione sono funzionali alla esigenza di informare adeguatamente il consumatore e risolvere dubbi interpretativi, conformemente a quanto previsto in via generale dall'art. 1370 c.c. nei contratti di serie ed a quanto più specificamente previsto dall'art. 1469 quater c.c. nei contratti del consumatore; b) che il contratto di vendita di pacchetto turistico contiene gli elementi specificamente indicati dall'art. 7; c) che le trattative che precedono la conclusione del contratto devono consentire una adeguata informazione del consumatore per evitare errori negoziali o quell'effetto sorpresa che spesso deriva dalla stipulazione di contratti di serie unilateralmente predisposti.

Tanto premesso, questo Giudice sottolinea che non vi è contestazione tra le parti circa l'avvenuto acquisto, da parte dell'attore, presso -----srl di un pacchetto turistico predisposto dalla --- (cfr. contratto acquisto pacchetto) presso l'Hotel--- in Parigi per il periodo 3.05.06-10.05.06 per la cifra complessiva di euro 456,00.

Il Codice del Consumo, poi, stabilisce che in caso di mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni assunte, anche attraverso altri prestatori di servizi (su cui hanno poi diritto di rivalsa), con la vendita del pacchetto turistico (compreso anche il volo di andata e ritorno), l'organizzatore ed il venditore “sono tenuti al risarcimento del danno, secondo le rispettive responsabilità, se non

provano che il mancato o inesatto adempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a loro non imputabile” (formula che riproduce il disposto di cui all’art. 1218 c.c). L’organizzatore ed il venditore non rispondono, invece, “quando la mancata o inesatta esecuzione del contratto è imputabile al consumatore o è dipesa dal fatto di un terzo a carattere imprevedibile o inevitabile ovvero da un caso fortuito o di forza maggiore”, pur essendo comunque tenuti ad apprestare “con sollecitudine” ogni rimedio utile al soccorso del consumatore al fine di consentirgli la prosecuzione del viaggio.

In sostanza è il contraente forte-impreditore (organizzatore e agenzia di viaggi), di cui è allegato e dedotto, nell’atto introduttivo del giudizio, l’inadempimento (camera per disabile prenotata e non ritrovata in loco), che deve fornire adeguata prova contraria, come, in generale, peraltro affermato dalla Corte di Cassazione Sezioni Unite in una recente pronuncia (n. 13533/2001), risolvendo un contrasto giurisprudenziale (a favore C.C. 7027/2001, C.C. 11629/1999, C.C. 10446/1994): “in tema di prova dell’inadempimento di un’obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno ovvero per l’adempimento - salvo che si tratti di obbligazioni negative - deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell’inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall’onere della prova del fatto estintivo dell’altrui pretesa, costituito dall’avvenuto adempimento, ed uguale criterio di riparto deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l’adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell’eccezione di inadempimento ex art.1460 c.c., risultando in tal caso invertiti i ruoli delle parti in lite”.

In difetto quindi di valida prova contraria offerta dalla convenuta e dalla chiamata in causa, va affermata pertanto la loro responsabilità solidale.

In ordine al danno patrimoniale risarcibile, questo Giudice ritiene equo liquidarlo in euro 456,00, oltre interessi dal fatto e fino all’effettivo soddisfo.

\*\*\*\*\*

In ordine al danno non patrimoniale risarcibile, viene innanzitutto in discussione il riconoscimento all’attore del diritto al risarcimento, oltre che del c.d. “danno da vacanza rovinata”, determinato dal disagio o stress sopportato a causa dell’inesatta esecuzione della prestazione promessa, ove sia stato lesa irrimediabilmente o compromesso l’interesse al pieno godimento di un periodo di vacanza, organizzato come occasione di svago e/o di riposo, conforme alle aspettative anche le lesioni ai valori costituzionalmente garantiti.

Si pone in particolare il problema della risarcibilità del danno morale, vale a dire del pregiudizio da sofferenza psichica (patema d’animo) non corporale e transeunte.

In una recente sentenza del 12/3/2002, Causa C-168/2000, Leitner c/Tui, (G.I. 2002, 1801; Resp.Civ.Prev.2002, 363; Corr.Giur.2002,1000), la Corte di Giustizia CE ha affermato che l’art. 5 della Direttiva 90/314/CEE (che impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché l’organizzatore di viaggi risarcisca i “danni arrecati al consumatore dall’inadempimento o dalla cattiva esecuzione del contratto”) deve essere “interpretato nel senso che il consumatore ha diritto al

risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in esecuzione di un contratto turistico rientrante nel campo di applicazione della direttiva".

E' stato così affermato, a livello di ordinamento comunitario, il principio della risarcibilità del danno morale da inadempimento contrattuale.

Nel caso che ci occupa, l'attore ha chiesto la condanna della convenuta, unitamente alla chiamata in causa, anche al pagamento del risarcimento dei danni non patrimoniali, oltre che di quello da vacanza rovinata, causati all'attore per l'illegittimo comportamento tenuto e per la palese violazione delle norme di correttezza e buona fede a cui erano tenuti nella conclusione e nell'adempimento del contratto.

Il risarcimento dei danni, secondo i principi generali, può essere riconosciuto in tutti quei casi in cui sussistano le seguenti condizioni: ingiustizia del danno secondo i parametri dell'art. 2043 c.c.; nesso di causalità tra comportamento lesivo e danno che deve tradursi in un giudizio di proporzionalità ed adeguatezza tra il fatto illecito e le conseguenze dannose; consecutività temporale tra comportamento lesivo e danno (cfr. Trib. Milano 21/10/1999). Tutte queste condizioni possono essere ravvisate nel caso di specie che, incidendo sull'esplicazione delle normali attività connesse, non solo con i rapporti lavorativi, ma anche sociali e familiari, può essere ricondotto sia al danno alla vita di relazione che al danno alla serenità familiare.

I giudici di merito e di legittimità avevano costruito una vasta casistica di applicazione c.d. esistenziale (come categoria del danno morale) che va dal danno conseguente ad un licenziamento ingiurioso, al mobbing, ed, anche, al rifiuto della P.A. di accogliere l'istanza di revoca d'ufficio di una contravvenzione palesemente illegittima (GdP di Verona 16/3/200), fattispecie simile a quella su cui si controverte, posto che da un illegittimo comportamento della P.A. è derivato una lesione della serenità personale che ciascun soggetto ha diritto di mantenere, non solo nell'ambito lavorativo ma anche familiare.

\*\*\*\*\*

Non è inopportuna qualche breve considerazione sulla qualificazione (e sopravvivenza) del c.d. danno esistenziale.

E' noto che il sistema delineato dal Codice civile del 1942 si fondava sulla concezione dicotomica che distingueva, nell'universo aquiliano, il danno patrimoniale da quello non patrimoniale.

Invero, mentre l'articolo 2043 configura la prima categoria ("Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno"), il risarcimento del danno non patrimoniale è previsto dall'articolo 2059 Cc secondo cui "Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge". All'epoca dell'emanazione del codice civile (1942) il legislatore – con il prefato richiamo – intendeva riferirsi all'unica previsione espressa di risarcimento del danno non patrimoniale, quella racchiusa nell'articolo 185 del Codice penale del 1930.

E' noto, tuttavia, che nella successiva evoluzione verificatasi nella disciplina di tale settore, contrassegnata dal nuovo atteggiamento assunto, dal legislatore e dalla giurisprudenza, il sistema

dicotomico del 1942 è entrato in crisi fino ad essere definitivamente superato per effetto della nuova sistemazione dogmatica del danno civile elaborata con il fondamentale contributo delle due sentenze gemelle della Suprema Corte di Cassazione del 31 maggio 2003 (nn. 8827 e 8828) e dell'interpretazione costituzionalmente orientata che - analogamente alla Corte di Cassazione - ne ha dato la Corte Costituzionale (sent. n. 233 dell'11 luglio 2003).

La prima tappa (giurisprudenziale) di tale complesso itinerario è stata incentrata sulla figura del danno biologico.

Nella sistematica codicistica originaria, l'individuo, in quanto titolare di un patrimonio valutabile sub specie economico - contabile, poteva invocare la tutela giuridica, solo ove il predetto patrimonio avesse subito un pregiudizio: l'ipotesi tipica era rappresentata dalla diminuzione della capacità di produrre reddito, a causa di una lesione fisica invalidante.

Questo impianto di tutela, tuttavia, escludeva quella forma di danno che poteva riguardare tutti gli individui, compresi i soggetti privi di un reddito lavorativo. Il sistema così descritto, in altri termini, operava un meccanismo di esclusione di tutela giuridica che, non solo si poneva in palese contrasto con i dettami della Carta Costituzionale (artt. 2, 3, Cost.), ma finiva anche con il rendere del tutto inoperante l'art. 32 Cost. (tutela della salute).

Intorno alla metà degli anni '70 - anche sulla spinta delle critiche rivolte dalla dottrina alle previsioni codicistiche - parte della giurisprudenza cercò, con una serie di tentativi, di superare l'impasse cui conduceva la richiamata dicotomia.

In tal senso la sentenza del Tribunale di Genova 25 maggio 1974, rappresentò - anche sotto il profilo storico - il primo passo verso una impostazione metodologica volta a "spostare l'asse dell'attenzione" dal criterio patrimoniale al criterio della "ingiustizia" del danno.

Un passo ulteriore è rappresentato dalle sentenze n. 87 e 88 del 1979 con le quali la Corte Costituzionale individuò nell'art. 32 Cost. la norma che assicura la effettività della tutela della salute quale diritto fondamentale dell'individuo, come diritto primario ed assoluto e pienamente operante nei rapporti tra privati. La medesima Corte precisò che il diritto alla salute, in virtù anche del suo carattere privatistico, è direttamente tutelato dalla Costituzione (art. 32) e, nel caso di sua violazione, il soggetto può chiedere ed ottenere il giusto risarcimento, in forza del collegamento tra l'art. 32 Cost. e l'art. 2059 c.c..

La successiva produzione giurisprudenziale vede l'affermarsi della tesi secondo cui la menomazione dell'integrità psicofisica della persona, costituisce un danno ingiusto di natura patrimoniale, in quanto colpisce un valore essenziale che fa parte integrante di quel complesso di beni di esclusiva e diretta pertinenza del danneggiato (Cass. civ., 11/02/1985, n.1130; per una applicazione in punto di danno biologico cfr. la sentenza n. 3675/81 della Corte di Cassazione).

Con la storica sentenza n. 134/1986, la Corte Costituzionale ribadisce la legittimità dell'art. 2059 c.c. che correttamente, nella discrezionalità del legislatore, ha delimitato il risarcimento del danno non patrimoniale alle sole ipotesi in cui il fatto costituisce reato. Al tempo stesso, però, la Corte Costituzionale nega che una simile scelta del legislatore possa pregiudicare la risarcibilità stessa del

danno biologico, dal momento che tale risarcibilità va ricercata non nell'art.2059 c.c., ma bensì nell'ambito dell'art.2043 c.c..

Accanto alla poderosa opera di ricostruzione dogmatica da parte della giurisprudenza, si pone l'attività del legislatore che, nella normativa successiva al codice, ha notevolmente ampliato i casi di espresso riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale anche al di fuori dell'ipotesi di reato (art. 185 c.p.), in relazione alla compromissione di valori personali (art. 2 L. n. 117/88: risarcimento anche dei danni non patrimoniali derivanti dalla privazione della libertà personale cagionati dall'esercizio di funzioni giudiziarie; art. 29, sostituito dall'art. 152, comma 12, d.lvo 30 giugno 2003 n. 196 comma 9, L. n. 675/96: impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali; art. 44, comma 7, D.L.vo n. 286/98: adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi; art. 2 L. n. 89/2001: mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo).

Venendo al più recente passato, la definitiva sistemazione dogmatica del "danno civile" è stata effettuata – come sopra anticipato - dalla giurisprudenza costituzionale e da quella civile del 2003.

In particolare la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto non più condivisibile la tradizionale restrittiva lettura dell'articolo 2059 c.c., in relazione all'articolo 185 Cp, come diretto ad assicurare tutela soltanto al danno morale soggettivo, alla sofferenza contingente, al turbamento dell'animo transeunte determinati da fatto illecito integrante reato. La Corte di Cassazione ha osservato che nel vigente assetto ordinamentale, nel quale assume posizione preminente la Costituzione - che, all'articolo 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, - il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona. La Corte ha precisato che si deve quindi ritenere ormai acquisito all'ordinamento positivo il riconoscimento della lata estensione della nozione di "danno non patrimoniale", inteso come danno da lesione di valori inerenti alla persona, e non più solo come "danno morale soggettivo".

Al giudice della legittimità non è sembrato proficuo ritagliare all'interno di tale generale categoria specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo poiché, ha osservato, ciò che rileva, ai fini dell'ammissione a risarcimento, in riferimento all'articolo 2059 c.c., è l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, dal quale conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica.

Inoltre, la riserva di legge, originariamente esplicita dal solo articolo 185 Cp (ma anche dall'articolo 89 Cpc), in punto di ammissibilità del risarcimento, è stata resa inoperante nel caso di lesione concernete i valori della persona costituzionalmente garantiti.

Dal quadro "ridisegnato" nel recente passato emerge che al risarcimento del danno patrimoniale, sempre ancorato al paradigma dell'art. 2043 c.c., si accompagna il risarcimento del danno non patrimoniale, che trova tutela più ampia ed articolata nell'art. 2059 c.c., il quale non va più restrittivamente interpretato ed applicato in via esclusiva ai casi tradizionali del danno morale soggettivo (ex art. 185 c.p.), ma deve assicurare la riparazione delle ipotesi legali espresse di danno non patrimoniale risarcibile (art. 89 c.p.c., art. 2 l. n. 117/1988, art. 29 l. n. 675/1996, sostituito

dall'art. 152 d.lvo 196/2003 art. 44 d.lgs. n. 286/1998, art. 2 l. n. 89/2001), e delle lesioni che, incidendo sui valori (della persona) costituzionalmente garantiti non possono non costituire figure di danno risarcibile, a prescindere da risvolti penalistici, non più condizionanti.

Dalla nuova sistemazione deriva che il danno non patrimoniale è categoria ampia, nella quale trovano collocazione tutte le ipotesi di lesione di valori inerenti alla persona, ovvero sia il danno morale soggettivo (concretantesi nella perturbatio dell'animo della vittima), sia il danno biologico in senso stretto (o danno all'integrità fisica e psichica, coperto dalla garanzia dell'art. 32 Cost.), sia il c.d. danno esistenziale (o danno conseguente alla lesione di altri beni non patrimoniali di rango costituzionale).

Merita – a questo punto - di essere precisato che la categoria del danno esistenziale è stata – a volte surrettiziamente – enucleata dalla giurisprudenza civile (specialmente negli anni 1986 - 1994) mediante un fenomeno di dilatazione della categoria del danno biologico.

La successiva produzione giurisprudenziale, tuttavia, riconducendo il danno biologico nei confini della "patologia", determinò la necessità di definire – *expressis verbis* - una nuova categoria di danno idonea a ricomprendere tutte le ipotesi di lesione arrecata ai diritti della personalità (cfr., in particolare, le decisioni di merito Trib. Torino 8 agosto 1995, Trib. Verona 26 febbraio 1996).

Il suggello alla produzione giurisprudenziale (ed alla sottesa elaborazione della dottrina) in esame è stato posto dalla Corte di cassazione, sez. I, sentenza n. 7713 del 7 giugno 2000, secondo cui la lesione dei diritti fondamentali della persona, collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti, va incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione (danno evento) indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare (danno conseguenza) - come posto in luce dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 184 del 1986.

La Corte di Cassazione ha osservato che la vigente Costituzione, garantendo principalmente e primariamente valori personali impone una lettura costituzionalmente orientata del paradigma aquiliano (che non si sottrarrebbe altrimenti ad esiti di incostituzionalità), "in correlazione agli articoli della Carta che tutelano i predetti valori", nel senso appunto che quella norma sia "idonea a compensare il sacrificio che gli stessi valori subiscono a causa dell'illecito", attraverso "il risarcimento del danno (che) è sanzione esecutiva del precetto primario ed è la minima delle sanzioni che l'ordinamento appresta per la tutela di un interesse".

Il danno esistenziale consisteva, pertanto, nei riflessi esistenziali negativi (perdita di compiacimento o di benessere per il danneggiato) che ogni violazione di un diritto della personalità produce.

A differenza del danno biologico, tale voce di danno sussisteva indipendentemente da una patologia (lesione fisica o psichica) suscettibile di accertamento e valutazione medico-legale; diversamente dal danno patrimoniale, prescinde da una diminuzione della capacità reddituale; rispetto al danno morale, inteso come turbamento dello stato d'animo della vittima, non consiste in una sofferenza od in un dolore, ma in un peggioramento della qualità di vita derivante dalla lesione del valore costituzionale "uomo".

Allo stesso modo, Giudici di Pace di Roma e di Bologna hanno recentemente riconosciuto il diritto al risarcimento del danno a cittadini che, inseguiti dalla Pubblica Amministrazione per la riscossione di illegittime sanzioni, sono stati costretti a numerose trafale presso gli sportelli degli uffici pubblici per vedere riconosciute le loro ragioni.

L'amministrazione infatti, di fronte alle legittime contestazioni dei richiedenti ed esaminando la documentazione presentata, avrebbero potuto annullare le contravvenzioni; non averlo fatto, ha comportato danni "conseguenti allo stato di frustrazione e di disagio che ne è derivato, oltre ai disagi per il grave dispendio di tempo ed energie necessarie per le proprie difese, nella consapevolezza delle proprie ragioni".

Sul punto era intervenuta la Corte cost., che nella decisione 11/07/2003, n.233 ha sancito: "Nell'astratta previsione della norma di cui all'art. 2059 c.c. deve ricomprendersi ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona".

Qualche anno fa il Supremo Collegio, con la sentenza 13546/2006, aveva spazzato via ogni dubbio in ordine all'eventuale rischio di sovrapposizione tra danno biologico e danno morale soggettivo, ribadendo innanzitutto come, il danno esistenziale, a differenza del danno morale soggettivo, debba obiettivarsi e che, diversamente dal danno biologico, debba prescindere dalla accertabilità in sede medico legale.

Inoltre aveva sancito che il danno esistenziale si deve sostanziare in una modificazione peggiorativa della personalità dell'individuo in presenza di lesione di interessi essenziali della persona, come quelli costituzionalmente garantiti (salute, reputazione, libertà di pensiero, famiglia, ecc..).

Il danno non patrimoniale deve essere dunque riconosciuto e liquidato nella sua interezza, essendo pertanto necessaria, laddove il risarcimento non risulti in termini generali e complessivi domandato, l'analitica considerazione e liquidazione in relazione ai diversi aspetti in cui esso si scandisce.

Quando il danneggiato chiede il risarcimento del danno non patrimoniale la domanda va cioè intesa come estesa a tutti gli aspetti di cui tale ampia categoria si compone, nella quale vanno d'altro canto riassorbite le plurime voci di danno nel corso degli anni dalla giurisprudenza elaborate proprio per sfuggire agli angusti limiti della suindicata restrittiva interpretazione dell'art. 2059 cc.

La domanda di risarcimento del danno non patrimoniale in termini generali formulata non può essere infatti limitata alla considerazione meramente di alcuni dei medesimi, con esclusione di altri (cfr. Cass., 24/2/2006, n. 4184; Cass., 26/2/2003, n. 28 69, con riferimento in particolare al danno biologico), una tale limitazione essendo invero rimessa, in ossequio al principio della domanda, alla previa scelta del danneggiato, che si limiti a far valere solamente alcuna del le tre suindicate voci che tale categoria integrano (v. Cass., 28/7/2005, n. 1583; Cass., 7/12/2004, n. 22987. Con riferimento alla richiesta di risarcimento del danno morale, nel senso che essa non possa intendersi

come limitata alla sola sofferenza psichica transeunte ma debba considerarsi quale «sinonimo» della locuzione «danno non patrimoniale», v. peraltro Cass., 15/7/2005, n. 15022).

Sul punto è recentemente intervenuta la ormai famosa sentenza Cass. sez. un. 11 novembre 2008, n. 26975, che ha identificato il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. come quello determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica, composto in categoria unitaria non suscettibile di suddivisione in sottocategorie. Danno tutelato in via risarcitoria, in assenza di reato ed al di fuori dei casi determinati dalla legge, solo quando si verifichi la lesione di specifici diritti inviolabili della persona, ossia la presenza di un'ingiustizia costituzionalmente qualificata. Tenendo, dunque, conto dell'interesse leso e non del mero pregiudizio sofferto o della lesione di qualsiasi bene giuridicamente rilevante".

In un primo momento sembrava che tale decisione avesse finalmente chiarito la questione del danno esistenziale e del danno non patrimoniale.

Si è poi visto che tale decisione non ha accontentato né i c.d. esistenzialisti né i c.d. negazionisti e vi sono state pronunce delle sezioni semplici e della giurisprudenza di merito che hanno per così dire "reinterpretato" la decisione delle sezioni unite e cercato di dare una diversa e più ampia qualificazione del danno non patrimoniale e dei criteri per la sua risarcibilità.

Il dibattito è ancora aperto e non si concluderà a breve.

Ritiene il Giudicante che allo stato si possa condividere quell'orientamento dottrinario secondo cui il danno ex art. 2059 cod. civ. – nella lettura data dalle SS.UU. dell'11 novembre 2008 (cfr. Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975) – rappresenta una categoria unitaria di nocimento ove racchiusi tutti i pregiudizi cd. esistenziali, i quali si caratterizzano per l'assenza di risvolti reddituali, incidendo sulla persona in quanto tale.

Il giudice, ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., è chiamato ad accertare, ai fini del risarcimento, quali siano gli interessi che la vittima del fatto illecito assume violati per verificarne la rilevanza costituzionale ovvero la riconducibilità ad una espressa previsione di Legge che ne legittima espressamente il ristoro non patrimoniale (oltre che patrimoniale ex art. 2043 cod. civ.).

Il giudice deve, poi, anche valutare la gravità dell'offesa che si vuole sanzionare in via risarcitoria. La suddetta gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili.

Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile.

In definitiva alla stregua delle suesposte considerazioni, allo stato attuale dell'evoluzione giurisprudenziale, deve ritenersi che Non "esiste" un (autonomo) danno esistenziale e che le varie definizioni (biologico, morale) hanno mera valenza descrittiva. Il danno è unitario: danno non patrimoniale ex art. 2059 cod. civ..

Il danno esistenziale non più autonomo, ma rientrante nell'ambito del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. può essere risarcito solo allorché, alternativamente

:

- a) l'interesse che si assume leso e' un diritto inviolabile della persona (oppure e' riconducibile ad una espressa previsione di legge anche internazionale che consente il ristoro ex art. 2059 cc);
- b) l'offesa arrecata al diritto e' seria, oltre la soglia della tollerabilità'.

In tal caso l'onere della prova grava sul danneggiato e la liquidazione, se il danno è provato nell'an, può essere fatta ex art.. 1226 C.C anche equitativamente tramite presunzioni.

\*\*\*\*\*

Riconosciuta l'esistenza del danno morale come danno non patrimoniale, precisato che detto danno è poi suscettibile di liquidazione equitativa ex artt. 1226 e 2056 c.c., deve accertarsi se nella fattispecie ricorrano le suindicate condizioni per la liquidazione nell'ambito del danno non patrimoniale ex art.2059 c.c. del danno da c.d. "emotional distress" o più' semplicemente da c.d. "vacanza rovinata".

Nella fattispecie in esame ritiene il Giudicante in concreto sussistenti i presupposti per il risarcimento del danno esistenziale (rientrante nella categoria unitaria del danno non patrimoniale ) cagionato alla parte attrice.

Nella fattispecie che ci occupa è evidente, oltre l'inadempimento contrattuale delle convenute e della chiamata in causa, anche la violazione di posizioni tutelate dall'ordinamento.

Tanto detto sulla ricorrenza del danno ingiusto sub specie eventi, sul piano della prova, è jus receptum l'affermazione secondo la quale l'immaterialità dei pregiudizi in questione (lesione di valori inerenti alla persona) rende ammissibile il ricorso alla prova per presunzioni, sulla scorta di valutazioni prognostiche anche basate su fatti notori o massime di comune esperienza.

Nel caso in esame, il fatto della illegittimità del comportamento della convenuta e della chiamata in causa, dell'ansia e dai disagi provati dall'attore negli hotel ove avrebbe dovuto soggiornare dove nessuno lo confortava, la perdita di giorni di agognata vacanza consente di risalire al fatto ulteriore del peggioramento della qualità dell'esistenza.

Aderendo alla concezione cd. "statica" del danno esistenziale, esso emerge ipso iure, dalla prova del fatto antiggiuridico (anche in relazione all'elemento soggettivo dell'illecito) che reca in sé l'accertamento del danno ingiusto.

Il rapporto di derivazione immediata e diretta del danno dal fatto lesivo accertato non richiede un particolare nusus argomentativo.

Il riconoscimento della persona umana, infatti, si sostanzia anche attraverso il rispetto dei desideri e delle aspettative che ognuno può avere in dati momenti della sua vita e che, giustamente, trovano tutela nell'ampio dettato del richiamato art. 2 della Costituzione.

La lesione della personalità del soggetto è suscettibile di tutela, indipendentemente dallo specifico interesse leso che può anche non avere una diretta rilevanza costituzionale, ma va tutelato ogni qualvolta configuri una alterazione della manifestazione della personalità tutelata costituzionalmente ex art. 2 della costituzione .

Il danno esistenziale è, quindi, individuabile, come nel caso di specie, ove sia accertata una modificazione peggiorativa, apprezzabile per intensità e qualità, nella sfera del soggetto leso, tra cui va fatta rientrare l'alterazione ( Cfr. App. Milano 14-02-03).

In definitiva va acclarata la risarcibilità del danno non patrimoniale (voce danno esistenziale) , anche in assenza di ipotesi di reato, in primo luogo proprio in ossequio alla prevista liquidabilità di "qualunque pregiudizio" derivante dall' inadempimento dell'operatore turistico ai sensi dell'art.13 Convenzione di Bruxelles del 23.4.1970 e della violazione del diritto alla normale qualità della vita ovvero alla libera estrinsecazione della personalità , diritto tutelato dall'art.2 della Costituzione ed in secondo luogo, può ritenersi che all'esito dell'istruttoria espletata sia stata dimostrata la gravità , la serietà e la durata della lesione nonché la rilevanza delle conseguenze sopra descritte, e che sia stato oltrepassato il limite della normale tollerabilità.

Ritiene questo giudicante che il danno non patrimoniale sofferto dall'attore (nella sua valutazione unitaria) vada quantificato complessivamente ed equitativamente nella misura di euro 500,00.

Va quindi dichiarata la esclusiva responsabilità della convenuta, ----, nonché della Agenzia ----, in persona dei rispettivi legali rapp.ti p.t., nel verificarsi dei danni, patrimoniali e non, per cui è causa, stante la colpevolezza per non aver tenuto un comportamento idoneo alle circostanze e per la violazione delle norme di correttezza e buona fede nell'adempimento di un contratto .

All'importo complessivo di Euro 956,00 [di cui Euro 456,00 a titolo di risarcimento dei danni patrimoniali, ed Euro 500,00 a titolo di risarcimento danni non patrimoniali] devono aggiungersi gli interessi al tasso legale diretti a coprire ed a compensare l'ulteriore pregiudizio costituito dal mancato godimento dei frutti di un bene. Tali interessi, dato questo loro fondamento, decorrono dal fatto e fino all'effettivo soddisfo.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace di Salerno, avv. Luigi Vingiani, ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione disattesa, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da ----- nei confronti della -----I. e ----- srl così provvede:

1.Accerta l'inadempimento della ----- e -----I, in persona dei rispettivi legali rapp.ti p.t., in merito ai fatti di cui in narrativa e la causazione dei disagi e disservizi lamentati dall'attore.

2.Per l'effetto, condanna, ----- e -----, in persona dei rispettivi legali rapp.ti p.t., in solido tra loro, al pagamento in favore dell'attore , della somma complessiva di Euro 956,00 [di cui Euro 456,00 a titolo di risarcimento dei danni patrimoniali, ed Euro 500,00 a titolo di risarcimento danni non patrimoniali] . Il tutto con gli interessi legali dal fatto all'effettivo soddisfo.

3.Condanna la ----- e -----, in persona dei rispettivi legali rapp.ti p.t., in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali che vengono liquidate in complessivi euro 650,00, di cui euro 100,00 per spese, euro 300,00 per diritti ed euro 250,00 per onorario, oltre 12,50% rimborso forfettario, iva e cpa come per legge, con attribuzione all'avvocato costituito antistatario.

Così deciso in Salerno, in data 9 luglio 2009.

Il Giudice di Pace

Avv. Luigi Vingiani

**Cassazione III civile sentenza 8012 del 2009**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. VARRONE Michele - Presidente

Dott. PETTI Giovanni Battista - Consigliere

Dott. FICO Nino - Consigliere

Dott. MASSERA Maurizio - Consigliere

Dott. LANZILLO Raffaella - rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

BA. RO. e CR. RO. , elettivamente domiciliati in ROMA, VIA BANCO DEL SANTO SPIRITO 42, presso lo studio dell'avvocato CAPONETTI STEFANO, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato CAPPELLINI PAOLO come da procura speciale a margine del ricorso;

- ricorrenti -

contro

FI. SPA, in persona del legale rappresentante Dott. BE. Gi. elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEGLI SCIPIONI N 267, presso lo studio dell'avvocato SAVINI ZANGRANDI LUCA, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato ALBARELLO ANTONIO giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

e contro

ZI. FR. ;

- intimato -

e sul ricorso n. 25967/2005 proposto da:

ZI. FR. , elettivamente domiciliato in ROMA, VIA FLAMINIA 141, presso lo studio dell'avvocato GAGGIOTTI LUCA, rappresentato e difeso dall'avvocato NUSSI MARIO come da mandato a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

FI. SPA in persona del legale rappresentante Dott. BE. Gi. , elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEGLI SCIPIONI 267, presso lo studio dell'avvocato SAVINI ZANGRANDI LUCA, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato ALBARELLO ANTONIO;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 432/2005 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, Sezione Quarta Civile, emessa il 12/01/05, depositata l'11/03/2005 R.G.N. 3063/2002;

udita la relazione della causa svolta nella Udienza pubblica del 16/02/2009 dal Consigliere Dott. LANZILLO Raffaella;

udito l'Avvocato ZANGRANDI LUCA SAVINI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. FUCCI Costantino, che ha concluso per il rigetto del ricorso principale e del ricorso incidentale.

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto notificato il 6 - 7 marzo 1990 Zi.Fr. ha convenuto davanti al Tribunale di Verona la s.p.a. Fi. e la s.a.s. Za. , quali imprese organizzatrici di un viaggio premio in (OMESSO), offerto dalla Fi. ai clienti ed organizzato dalla Za. , per sentirle dichiarare solidalmente responsabili dell'incidente occorso il (OMESSO), durante un safari fotografico, a causa dell'eccessiva velocita' e dell'imperizia del conducente del pulmino che trasportava i turisti, che ha provocato il rovesciamento del mezzo, in corrispondenza di un tratto di strada fangoso ed accidentato.

Le convenute hanno resistito alla domanda.

La Za. ha chiesto ed ottenuto di chiamare in causa il suo assicuratore, s.p.a. Assicurazioni generali.

Con separato atto di citazione anche Ba.Ro. e Cr. Ro. , danneggiati nel corso del medesimo incidente in (OMESSO), avevano convenuto in giudizio la Fi. e la Za. , chiedendo il risarcimento dei danni.

Le due cause sono state riunite e, nel corso dell'istruttoria, la Za. e' stata dichiarata fallita.

Con sentenza n. 2326/2001 il Tribunale - rilevato che gli attori non avevano riproposto le loro domande nei confronti del Fallimento Za. - ha dichiarato rinunciate le domande stesse ed ha estromesso dal giudizio la compagnia assicuratrice. Ha invece condannato Fi. al risarcimento dei danni, quale intermediaria di viaggio.

Su appello principale di Fi. e incidentale di Zi. F. , Ba. e Cr. , con sentenza 12 gennaio - 11 marzo 2005 n. 432 la Corte di appello di Venezia, in riforma della sentenza di primo grado, ha respinto tutte le domande attrici; ha dichiarato assorbiti gli appelli incidentali ed ha posto a carico dei danneggiati le spese dell'intero giudizio.

Avverso la sentenza, loro notificata il 1 luglio 2005, hanno proposto due motivi di ricorso per Cassazione Ba.Ro. e Cr. Ro. .

Con separato atto, notificato il 19 ottobre 2005, ha proposto un motivo di ricorso per Cassazione anche Zi.Fr. .

Ad entrambi i ricorsi resiste con separati controricorsi la Fi. .

Il ricorrente Zi. F. ha depositato memoria.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

- 1.- Va preliminarmente disposta la riunione dei due ricorsi (articolo 335 c.p.c.).
- 2.- Il Tribunale di Verona ha ritenuto che Fi. avesse svolto attività di intermediaria del viaggio, organizzatrice dovendosi ritenere Za. , che ha fornito i servizi turistici; ha tuttavia addossato a Fi. la stessa responsabilità gravante sull'organizzatrice, per non avere essa adempiuto agli obblighi gravanti sull'intermediario ai sensi degli articoli 5, 6 e 18 CCV Bruxelles sui contratti di viaggio, resa esecutiva con Legge 27 dicembre 1977, n. 1084, fra cui quello di rendere nota la sua qualità di intermediaria e di indicare nome e indirizzo dell'organizzatore del viaggio. La Corte di appello ha invece escluso che Fi. abbia svolto un qualunque ruolo rilevante ai fini dell'applicazione della Convenzione, affermando che essa produce batterie e accumulatori e non svolge professionalmente attività di organizzatrice di viaggi; ne dispone di apposita struttura deputata alle attività turistiche, né delle relative autorizzazioni amministrative; che ebbe ad agire gratuitamente, mettendo a disposizione dei clienti il viaggio, che è stato in realtà interamente organizzato da Za. .
- 3.- Con il primo motivo, deducendo violazione dell'articolo 1, commi 5 e 6, CCV di Bruxelles cit., nonché omessa o insufficiente motivazione su di un punto decisivo della controversia, i Ba. Cr. lamentano che erroneamente la Corte di appello ha ritenuto inapplicabile alla Fi. la Convenzione di Bruxelles, poiché vanno considerati organizzatori od intermediari di viaggi tutti coloro che stipulino i contratti previsti ai punti 2 e 3 della Convenzione medesima "sia a titolo di attività principale o meno, sia a titolo professionale o meno".
- 4.- Con il secondo motivo, deducendo violazione delle stesse norme di cui sopra e degli articoli 18 e 19 della CCV, nonché omessa o insufficiente motivazione, rilevano che l'istruttoria svolta ha permesso di accertare che Fi. aveva assunto la veste di promotrice - organizzatrice del viaggio anche in termini professionali, avendo predisposto al proprio interno - quale parte integrante dell'attività principale - un apposito ufficio preposto all'organizzazione dei viaggi offerti alla clientela quale premio collegato all'acquisto dei propri prodotti; che la stessa Fi. aveva dato al tour operator (nella specie, Za. ) i parametri per l'organizzazione del viaggio in (OMESSO); che il depliant informativo recava il logo Fi. a caratteri cubitali, e solo in caratteri minuscoli l'aggiunta "organizzazione Za. - (OMESSO)"; che le comunicazioni relative al viaggio erano state inoltrate ai turisti da Fi. , a cui dovevano essere indirizzati i moduli di adesione e i pagamenti, e che la stessa aveva determinato il prezzo del viaggio, per gli accompagnatori e familiari dei clienti; che hostess di Fi. erano presenti in aeroporto a disposizione dei viaggiatori e un dipendente Fi. ha accompagnato il gruppo per l'intero viaggio in (OMESSO).  
Rilevano altresì che i viaggi premio non potevano considerarsi elargiti a titolo gratuito, sia perché rappresentavano un compenso per gli acquisti fatti; sia perché familiari ed accompagnatori pagavano il prezzo pieno del viaggio.  
La Fi. , quindi, doveva essere considerata come organizzatrice del viaggio, o quanto meno come intermediaria, in quanto essa stessa aveva procurato ai clienti il contratto di viaggio con Za. ; e che, quale intermediaria, era responsabile nella stessa misura dell'organizzatore, per non avere adempiuto agli obblighi di cui agli articoli 18 e 19 CCV.

5.- Con l'unico motivo del ricorso principale Zi.Fr. deduce a sua volta la violazione degli articolo 1, 2, 3, 5, 6, 7, 12, 13, 14, 15, 18 e 19 CCV di Bruxelles, cit.; della Legge 17 maggio 1983, n. 217, articolo 9 (Legge Quadro per il turismo); nonché l'omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione, sempre nella parte in cui la Corte di appello ha escluso che Fi. potesse considerarsi organizzatrice del viaggio e comunque responsabile dell'incidente occorsogli.

Rileva che quest'ultima ha fornito ai viaggiatori l'intero pacchetto turistico, che essa stessa aveva acquistato da Za. , con apposito contratto e secondo i parametri prescelti (quanto a durata, percorso, prestazioni, servizi, ecc); che il modulo di partecipazione al viaggio sottoscritto dal ricorrente era stato predisposto da Fi. , la quale svolgeva abitualmente la suddetta attività in favore della clientela che acquisisse il punteggio stabilito per conseguire il premio, tramite l'acquisto dei suoi prodotti; che Fi. aveva adibito allo scopo un apposito ufficio; che il logo Fi. figurava non solo nel depliant relativo al viaggio in (OMESSO), ma anche sul lunotto posteriore del pulmino che trasportava i turisti al safari e che si è capottato per l'eccessiva velocità e l'imperizia del conducente; che un dipendente Fi. ha accompagnato i viaggiatori in (OMESSO) per l'intero viaggio e che nessun rapporto diretto e' intercorso fra il ricorrente e Za. .

Rileva che, ai sensi della citata Convenzione di Bruxelles, va considerato come organizzatore di viaggi chi abitualmente (pur se non professionalmente e non come attività principale) procura ad altri l'insieme dei servizi costituenti il viaggio (trasporto, alloggio, ecc.) e che e' irrilevante a tal fine che tali servizi egli acquisti da terzi.

E' intermediario, invece, chi procura al viaggiatore non il viaggio, ma il contratto di viaggio con uno specifico organizzatore, del quale abbia speso il nome; sì che il viaggiatore stipuli il contratto di viaggio direttamente con quest'ultimo, divenendo parte di due distinti rapporti contrattuali: uno con l'intermediario e l'altro con l'organizzatore; che in tal caso l'intermediario deve fornire al viaggiatore tutte le informazioni di cui agli articolo 5 e 6: in particolare, l'indicazione del nome e dell'indirizzo dell'organizzatore e del proprio nome ed indirizzo, con la precisazione che agisce quale intermediario dell'organizzatore (articolo 18 CCV), adempimenti tutti a cui Fi. non ha in alcun modo provveduto.

Chiede quindi che, ove si ritenga di escludere che Fi. abbia agito come organizzatrice del viaggio, essa sia ritenuta quanto meno intermediaria e come tale responsabile come se fosse organizzatrice, ai sensi degli articolo 18 e 19 CCV.

Rileva ancora che erroneamente la Corte di appello ha ritenuto gratuita la prestazione del viaggio, trattandosi invece di parte del corrispettivo offerto da Fi. agli acquirenti dei suoi prodotti, e che e' irrilevante il fatto che Fi. non avesse conseguito le autorizzazioni necessarie all'esercizio dell'attività turistica, trattandosi di prescrizioni della legge quadro per il turismo, che nulla hanno a che vedere con le responsabilità che gravano sull'organizzatore del viaggio.

5.- I motivi dei due ricorsi - che vanno congiuntamente esaminati, perché attinenti alle medesime questioni - sono fondati.

La Corte di appello ha erroneamente interpretato ed applicato le norme della Convenzione di Bruxelles, nel qualificare il ruolo svolto da Fi. in relazione al viaggio in oggetto.

Va premesso in diritto che la CCV e' applicabile non solo nei casi in cui l'organizzazione (o l'intermediazione) di viaggi costituisca attività professionale e attività principale, ma anche quando si tratti di attività abituale, e di attività secondaria o ausiliaria, rispetto all'attività principale, ed in quanto tale connotata da una certa continuità: caratteristiche che appaiono entrambe compatibili con la posizione di Fi. , essendo o potendo essere abituale l'offerta da parte di quest'ultima di viaggi premio alla clientela, in promozione della vendita dei suoi prodotti, e trattandosi di attività strettamente collegata all'attività principale, e di particolare rilievo, perche' diretta ad incrementare, con le vendite, i profitti di impresa.

Per poter escludere la professionalità - abitualità, la Corte di appello avrebbe dovuto previamente accertare se l'offerta dei viaggi - premio costituisse parte di una campagna promozionale episodica, organizzata una tantum, o rispondesse ad una pratica costante nel tempo: ciò che non ha fatto; mentre le circostanze accertate in giudizio - in particolare, il fatto che Fi. disponesse di un apposito ufficio e di un impiegato destinato allo scopo, che disponesse del materiale pubblicitario con il suo logo; che facesse accompagnare i turisti nel viaggio da personale alle sue dipendenze, evidentemente addestrato allo scopo -indurrebbero ad optare per la seconda ipotesi.

Neppure può essere condivisa l'opinione della Corte di appello circa la gratuità della prestazione dei viaggi.

Anche ammesso che una tale gratuità consenta di escludere ogni responsabilità dell'organizzatore o dell'intermediario, il che appare in contrasto con i principi generali in materia contrattuale, ove la gratuità della prestazione comporta l'attenuazione, ma non l'esclusione della responsabilità (cfr. p. es. articolo 1710 c.c., comma 1, articolo 1768 c.c., comma 2), in primo luogo il viaggio non era gratuito per i familiari o gli accompagnatori dei premiati, i quali usufruivano della medesima organizzazione. Ne' si può ritenere che l'attività vada diversamente qualificata, secondo che destinatari ne fossero gli uni o gli altri.

In secondo luogo il viaggio non era in realtà gratuito neppure per i clienti premiati, in quanto questi ne avevano pagato indirettamente il corrispettivo tramite l'acquisto dei prodotti di Fi. , il cui prezzo e' stato presumibilmente fissato in modo da tenere conto degli oneri inerenti ai premi.

Si ricorda in proposito che l'articolo 1, comma 4, CCV definisce come prezzo (dell'organizzazione o dell'intermediazione) "Qualunque pagamento in contanti, in natura o sotto forma di prestazioni dirette o indirette di qualsiasi tipo", così permettendo di includere i casi in cui la prestazione - pur se appare gratuita sotto il profilo tecnico giuridico - tale non è dal punto di vista economico, in quanto il corrispettivo e' stato pagato anticipatamente dal c.d. beneficiario, tramite gli acquisti a cui era subordinata l'erogazione del premio, secondo la funzione tipica della promessa al pubblico in favore di chi compia determinate azioni (articolo 1989 c.c.).

Infine, la circostanza che Fi. non avesse in ipotesi conseguito l'autorizzazione prescritta dalla legge sul turismo potrà esporla alle relative sanzioni, ma non certo esimerla dalle responsabilità verso i terzi, derivanti dal fatto di avere concretamente esercitato, in ipotesi, attività di organizzatrice o di intermediaria di viaggi.

Non sussistono quindi gli ostacoli di principio prospettati dalla Corte di appello ad estendere a Fi. la normativa della CCV di Bruxelles.

Quanto alla qualificazione dell'attività svolta, la motivazione della Corte di appello non appare sufficiente e adeguata ad escludere che la resistente abbia svolto un qualunque ruolo rilevante agli effetti della CCV, a fronte dei rilievi dei ricorrenti e di quanto ha accertato la sentenza di primo grado, secondo cui - come già si è detto - Fi. ha destinato all'organizzazione dei viaggi un apposito ufficio ed apposito personale; ha fatto accompagnare i turisti da un suo dipendente, per l'intera durata del soggiorno in (OMESSO); ha direttamente diffuso i moduli di partecipazione al viaggio e riscosso i pagamenti delle quote dovute dagli accompagnatori, e così via.

Ma soprattutto, risulta accertato in fatto dalla sentenza impugnata che Fi. non ha messo a disposizione dei clienti una determinata somma, per pagare il viaggio - premio che i clienti stessi avrebbero di loro iniziativa acquistato, presso il tour operator preferito.

Ha offerto loro, invece, un pacchetto turistico preconstituito non solo quanto a destinazione, durata, itinerario, mezzi di trasporto, prestazioni, livello dei servizi turistici e alberghieri, ecc, ma anche quanto alla scelta del tour operator, ponendosi così quantomeno nella condizione dell'intermediario di viaggio, cioè di colui che procuri a terzi un contratto di organizzazione di viaggio (cfr. articolo 1, comma 3, CCV).

I ricorrenti, cioè, nulla hanno potuto decidere di loro iniziativa, se non nell'ambito delle opzioni offerte da Fi. . Si discute se essi abbiano o meno intrattenuto rapporti diretti con Za. ; se conoscessero o meno l'esistenza ed il ruolo di Za. in relazione al viaggio, ecc, ma è pacifico che la scelta di questa società come fornitrice dei servizi turistici, la definizione del programma, dei costi e delle prestazioni, è stata effettuata solo da Fi. , che ha poi trasmesso il pacchetto ai turisti.

In questo contesto, l'esclusione ad opera della Corte di appello del fatto che Fi. abbia svolto un qualunque ruolo, anche quello di mera intermediaria, nella prestazione del viaggio, appare quanto meno insufficientemente motivata, e non consente di superare gli specifici e puntuali rilievi contenuti nella sentenza del Tribunale.

6.- La sentenza impugnata deve essere cassata, nelle parti sopra indicate, ed il giudice di rinvio - ritenuta in astratto applicabile al caso di specie la CCV di Bruxelles - dovrà accertare, con adeguata e specifica motivazione, se Fi. abbia svolto il ruolo di organizzatrice (o coorganizzatrice unitamente a Za. ) del viaggio, o se abbia agito come mera intermediaria, o se non abbia svolto alcun ruolo idoneo a renderla responsabile del sinistro occorso ai ricorrenti.

Come indici rilevanti al fine di individuare la fattispecie dell'organizzazione di viaggio, dovrà considerare in particolare il soggetto a cui risultano intestati i contratti e il programma del viaggio; il soggetto che ha condotto le trattative, fissato i prezzi e diffuso a suo nome depliant e materiali inerenti al viaggio; le indicazioni fornite nella suddetta documentazione circa la persona a cui rivolgersi per informazioni, cambiamenti di programma, assistenza, reclami, ecc; in sintesi, il soggetto che si è posto rispetto ai turisti come interlocutore diretto per ogni problema attinente al viaggio.

Ove si accerti che l'organizzazione del viaggio e' esclusivamente riferibile a Za. , Fi. dovrà essere considerata intermediaria, ove risulti avere fornito ai turisti un pacchetto di servizi interamente preconfezionato e da essa direttamente acquistato presso Za. , senza che i viaggiatori abbiano avuto la possibilità di concordare direttamente con Za. il programma del viaggio, la natura e la qualità dei servizi, i prezzi, ed ogni altro aspetto essenziale delle prestazioni e dei servizi resi, al di là degli "optionals" o di questioni del tutto secondarie.

Agli accertamenti di cui sopra farà seguito l'applicazione delle norme della CCV di Bruxelles in tema di responsabilità, rispettivamente dell'organizzatore o dell'intermediario, ivi incluse quelle di cui all'articolo 19, comma 2 (su cui cfr., fra le altre, Cass. Civ., Sez. 3 , 21 aprile 2006 n. 9360).

7.- Il giudice di rinvio deciderà anche sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

LA CORTE DI CASSAZIONE

Riunisce i ricorsi e li accoglie, nei limiti di cui in motivazione. Cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte di appello di Venezia, in diversa composizione, che deciderà anche in ordine alle spese del giudizio di cassazione.

UFFICIO DEL GIUDICE DI PACE DI VERONA

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice di Pace di Verona avv. M.C. Balottin, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa promossa con citazioni ritualmente notificate ed iscritte ai nn. di ruolo 16927/06 16928/06 e 17321/06 contenzioso ordinario, riunite nel procedimento primo in ruolo N. 16927/06, predetto,

DA

\*\*\*\*\* , c.f.: \*\*\*\*\* ,

\*\*\*\*\* c.f.: \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* c.f.:\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* c.f.: \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* c.f.:\*\*\*\*\*

tutti elettivamente domiciliati in Verona, Corso Castelvecchio 27, presso lo studio degli avv.ti Renato Savoia e \*\*\*\*\* che li rappresentano e difendono per procura in calce ai rispettivi atti di citazione,

attori

CONTRO



Si costituiva in giudizio la convenuta \*\*\*\*\* SRL, negando qualsiasi propria responsabilità nei fatti accaduti, in particolare negando la carenza di assistenza ai viaggiatori, e riconducendo lo spostamento delle partenze dal giorno 27 al giorno 28 gennaio a ragioni di maltempo con nevicate che avevano comportato il blocco dei voli da Malpensa ed altresì il conseguente ritardo nel successivo arrivo a Yangon a conseguenti ragioni di overbooking del vettore \*\*\*\*\*, non imputabili alla convenuta il primo per ragioni di forza maggiore (chiusura voli per neve) ed il secondo per estraneità alla responsabilità della convenuta. Chiedeva quindi il rigetto delle domande attoree e la vittoria delle spese di causa.

Era ammessa ed espletata istruttoria testimoniale nonché per interrogatorio formale, all'esito della quale le parti precisavano le conclusioni; quindi, la causa veniva riservata in decisione.

- MOTIVI DELLA DECISIONE -

Preliminarmente si osserva errore materiale consistente in difetto di indicazione del procedimento R.G.N. 17321/06 quale secondo procedimento riunito per connessione oggettiva e parzialmente soggettiva al procedimento primo in ruolo RGN. 16927/06, di cui all'ordinanza in data 6/12/06, di cui dovrà farsi integrazione in dispositivo.

Il contratto in esame si inquadra tra i contratti di vendita di pacchetti turistici per viaggi e vacanze "tutto compreso", regolati dal combinato disposto dell'art. 1470 C.C. e del D.Lgs. 6/9/2005 n. 206 e, in particolare per quanto in esame, dagli artt. 91 e seguenti.

E precisamente, quando una parte essenziale dei servizi turistici convenuti non può essere effettuata, l'organizzatore è tenuto a predisporre adeguate soluzioni alternative per la prosecuzione del viaggio programmato, che non devono, peraltro comportare oneri a carico del consumatore, oppure rimborsa quest'ultimo nei limiti della differenza tra le prestazioni originariamente previste e quelle effettuate, fatto salvo comunque il risarcimento del danno. Ed altresì, ove non sia possibile alcuna soluzione alternativa, ovvero il consumatore non l'accetti per motivi giustificati, l'organizzatore è tenuto a mettergli a disposizione un mezzo di trasporto equivalente per il ritorno al luogo di partenza.

Nel merito, tutte le circostanze dedotte dagli attori erano provate documentalmente e testimonialmente, in particolare l'acquisto dei pacchetti turistici, la convenuta durata complessiva del viaggio e del viaggio "di cultura", le date di partenza e di arrivo nonché lo scalo a Doha e la durata della relativa permanenza, la chiusura dell'aeroporto di partenza per neve, il bivacco di una notte presso detto aeroporto in assenza di ricovero in albergo, il successivo bivacco, anche notturno, presso l'aeroporto di Doha e le condizioni di igiene ivi presenti, l'unica prospettiva di essere imbarcati scaglionatamente per Yangon nel giro di 4 o 5 giorni per ivi, finalmente ricostituire il gruppo di amici, odierni attori, nonché di ivi ritrovarsi con i rimanenti viaggiatori da Milano per il programmato tour della Birmania. Su tali previsioni di viaggio, una sola certezza, l'assenza di qualsiasi interessamento da parte della convenuta \*\*\*\*\* SRL, che, faticosamente raggiunta via telefono dagli attori, si limitava a rispondere di trovare autonomamente una soluzione al trasporto, precisando che la rinuncia al viaggio avrebbe comportato irrimediabilmente la perdita del corrispettivo versato da ciascuno.

Nel merito, non vi è dubbio che il blocco dei voli da Malpensa causa neve non possa di per sé essere addebitata alla responsabilità della convenuta, essendo causata da ragioni di forza maggiore. E' tuttavia fuor di dubbio che il venir meno del preventivato volo da Malpensa onerava il Tour Operator, in quanto tale, a riprogrammare immediatamente il pacchetto turistico venduto agli odierni attori, offrendo altra data ed ora di partenza, altro scalo ed altra coincidenza per Yangon; detta riprogrammazione del viaggio per ragioni di forza maggiore, che comportasse un analogo numero di giorni di vacanza ed analoghi tempi di percorso delle distanze, è evidentemente ineludibile prestazione di servizi insita nell'offerta di un pacchetto turistico. Diversamente opinando, verrebbe a sbilanciarsi il sinallagma insito nel contratto stipulato con il tour Operator, venendo a mancare la prestazione della specifica esperienza e capacità operativa dell'Operator in campo turistico, che ha indotto l'affidamento del consumatore a contrarre. Circostanze, appunto, quelle della sopravvenuta impossibilità dei servizi pattuiti, previste e regolate dagli artt. 91 e seguenti del citato D.Lgs. n.206/2005.

Era quindi specifico onere della convenuta, al momento stesso della notizia di blocco dei voli da Milano-Malpensa, riprogrammare il pacchetto, offrendo agli acquirenti un pacchetto turistico analogo (per durata e tempi di percorso), con diritto per l'acquirente di accettare ovvero di essere rimborsato della differenza tra quanto originariamente previsto e quanto goduto (nel caso inesistente, essendosi il blocco dei voli verificato in fase di partenza).

Da ultimo, mentre si osserva la coincidente prova testimoniale circa l'inadempimento totale delle obbligazioni della convenuta, si rileva l'offerta da questa formalizzata per l'importo di €. 350,00 per cadauno degli odierni attori, con una quantificazione certamente arbitraria ma, soprattutto, mai giustificata nei suoi contenuti, se non per l'evidente riconoscimento da parte convenuta, per fatti concludenti, della propria responsabilità contrattuale.

Le domande proposte da parte attrice sono quindi fondate e devono essere accolte.

Per quanto attiene al quantum debeatur, in considerazione del totale inadempimento da parte convenuta circa i servizi promessi e non offerti, ed osservata la buona volontà dimostrata dagli attori che, pur abbandonati a se stessi, tentavano il viaggio fino a Doha sempre sperando nella doverosa assistenza e organizzazione da parte della convenuta, dovrà la convenuta rimborsare a ciascuno degli attori il corrispettivo da questi versato.

In considerazione della limitata risalezza del versamento degli importi e, soprattutto, del particolare periodo di stagnazione della domanda turistica, nega la rivalutazione monetaria sui detti importi.

Accoglie, altresì, la domanda di risarcimento danni da "vacanza rovinata", quale pregiudizio subito dai turisti in dipendenza del mancato adempimento della convenuta alle obbligazioni insite nella attività di tour operator, altresì previste e regolate dal D.Lgs. n. 206/05, e liquida in ragione delle giornate inutilmente perse nel tentativo di un viaggio non adeguatamente organizzato, delle spese sostenute per vanamente recarsi da Verona a Milano-Malpensa, telefoniche per tentare contatti con la convenuta, di vitto e di alloggio non goduti, nonché per lo stress ed i disagi subiti (tenuto conto degli elementi di imprevedibilità che la meta del viaggio presentava in relazione allo sviluppo ed alle condizioni economiche e sociali del paese di destinazione), l'importo equitativamente

determinato ex art. 1226 c.c. di €. 400,00 onnicomprensivi, per ciascun attore. Su detta somma dovranno essere corrisposti gli interessi legali dalla data odierna al saldo.

Consegue alla soccombenza la condanna della convenuta a rifondere agli attori le spese processuali, come liquidate in dispositivo, dovendo le spese imponibili ricomprendersi tra le competenze spettanti.

- P. Q. M. -

Il Giudice di Pace di Verona, definitivamente pronunciando, così provvede:

-Integra l'ordinanza di riunione dei procedimenti assunta in data 6/12/06 aggiungendo, al N.R.G. 16928/06, il procedimento N.R.G. 17321/06;

-condanna la convenuta \*\*\*\*\* SRL a rimborsare € 2.008,00 in favore di \*\*\*\*\*  
 \*\*\*\*\* ed €. 1.777,00 cadauno a  
 \*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* , oltre interessi legali  
 dalla data degli esborsi al saldo; nonché al risarcimento del danno di €. 400,00 cadauno in favore degli attori predetti, oltre interessi legali dalla data odierna al saldo .

- condanna la convenuta a rifondere a parte attrie le spese processuali, che liquida in €. 2854,44 di cui € 1.432,00 per diritti, € 2.136,60 per onorario di avvocato, € 285,84 per spese oltre art.14 L.P., C.P.A. ed I.V.A..

Verona, 20 settembre 2008

Il Giudice di Pace

avv. M.C. Balottin

Depositata in Cancelleria 11 Dicembre 2008

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

L'avv. Italo BRUNO,

Giudice di Pace del Mandamento di Pozzuoli,

ha pronunciato la seguente

## S E N T E N Z A

nella causa iscritta al n° 1706/08 R.G. - Affari Contenziosi Civili - avente ad oggetto:

Risarcimento danni,

T R A

(Tizia), nata a (...) il (...) ed ivi res.te alla Via (...) n.(...) – c.f. (...) – elett.te dom.ta in (...) alla Via (...) n.(...) presso lo studio dell'avv. (Caio) che la rapp.ta e difende giusta mandato a margine dell'atto di citazione; ATTRICE

E

S.p.A. (Zeta), in persona del legale rapp.te pro-tempore, con sede in (...) alla Via (...) n.(...);

CONVENUTA-CONTUMACE

CONCLUSIONI

Per l'attrice: accogliere la domanda; dichiarare l'esclusiva responsabilità della Spa (Zeta), in persona del legale rapp.te pro-tempore, in ordine alla causazione degli inconvenienti occorsile e, per l'effetto, condannarla al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi, sia patrimoniali in misura di € 375,00, sia non patrimoniali (danno biologico, morale, esistenziale e da vacanza rovinata) in misura non inferiore ad € 1.500,00, oltre interessi dalla domanda sino al soddisfo, nonché spese, diritti ed onorari di giudizio con attribuzione al procuratore anticipatario.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

(Tizia), con atto di citazione ritualmente notificato il 21/1/08 alla S.p.A. (Zeta) la conveniva innanzi a questo Giudice affinché fosse dichiarata la sua esclusiva responsabilità in ordine alla causazione degli inconvenienti occorsile e, per l'effetto, condannarla al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi, sia patrimoniali nella misura di € 375,00, sia non patrimoniali (danno biologico, morale, esistenziale e da vacanza rovinata) in misura non inferiore ad € 1.500,00.

Nell'atto di citazione assumeva:

- che, in data 11/4/07 acquistava regolare titolo di viaggio con la Compagnia Aerea (Zeta), n. AP4401W, per il volo di andata Napoli – Rodi con partenza prevista da Napoli per il giorno 3/8/07, ore 10,30, scalo intermedio all'aeroporto di Atene, ripartenza per Rodi con la Compagnia Aerea (Ypsilon), n....., delle ore 14,50 e arrivo a Rodi alle ore 15,50;
- che, mentre il viaggio Napoli-Atene si svolgeva regolarmente, con arrivo all'orario previsto, recatasi al Chek-in per le operazioni d'imbarco sul volo per Rodi, le veniva negato l'imbarco per mancanza di posti;
- che, tale incresciosa situazione le procurava notevolissimi disagi consistenti in: a) mancata assistenza durante l'attesa del volo successivo; b) attesa protrattasi per ben 28 ore; c) acquisto di bene di prima necessità; d) grave forma di psoriasi da stress;
- che, a nulla è valsa la richiesta di risarcimento danni avanzata alla Spa (Zeta) a mezzo racc.ta a.r. n.12957607615-6 ricevuta il 13/9/07.

Instauratosi il procedimento, risultata contumace la Spa (Zeta), veniva articolata, ammessa ed espletata prova per testi, nonché deferito interrogatorio formale al legale rapp.te della Spa (Zeta) che, non lo rendeva.

Sulle rassegnate conclusioni, all'udienza del 3/11/08, la causa veniva assegnata a sentenza.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente va dichiarata la contumacia della convenuta S.p.A. (Zeta) regolarmente citata e non costituitasi.

Le legittimazioni attiva e passiva sono state provate con il deposito di regolare titolo di viaggio.

Non vi è dubbio che, nel caso di specie va applicata la normativa di cui alla Convenzione di Montreal.

Il 28 giugno 2004 è entrata in vigore in Italia (e nella Comunità Europea) la Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 sul trasporto aereo internazionale. Contestualmente è divenuto applicabile il Regolamento (CEE) n.889/2002 del 13 maggio 2002, che ha modificato il Regolamento (CEE) n.2027/1977 sulla responsabilità del vettore aereo nel trasporto di persone e di bagagli.

La Convenzione di Montreal si applica ai trasporti internazionali, allorché il luogo di partenza e quello di arrivo sono situati sul territorio di due Stati contraenti, o sul territorio di un solo Stato contraente se è previsto uno scalo nel territorio di un altro Stato non contraente (art. 1 n.2).

L'art. 33 (competenza giurisdizionale) di detta Convenzione stabilisce che: l'azione per il risarcimento del danno è promossa, a scelta dell'attore, nel territorio di uno degli Stati Parti (criterio per la giurisdizione), o davanti al Tribunale (criterio per la competenza) del domicilio del vettore o della sede principale della sua attività o del luogo in cui esso possiede un'impresa che ha provveduto a stipulare il contratto, o davanti al Tribunale del luogo di destinazione (criterio per la competenza).

E' *ius receptum* che, all'interno dell'ordinamento giudiziario dello Stato investito di giurisdizione, ex art. 33 Convenzione di Montreal, la distribuzione della competenza tra diversi ordini del potere giudiziario, o *ratione materiae* e *valoris* all'interno dello stesso ordine, è rimessa alla legge di tale Paese.

E', quindi, evidente che l'impiego del termine "Tribunale", nella versione in lingua Francese delle predette fonti, è da intendersi nel senso generale di autorità giudiziaria senza alcuna pretesa di determinazione di una competenza per funzione o materia o valore.

La norma in esame attribuisce solo una competenza internazionale, mentre quella interna è completamente rimessa alla *lex fori*, appunto chiamata a regolare la procedura.

Rettamente, quindi, l'istante (residente in Pozzuoli, parte danneggiata e consumatore) ha adito il Giudice di Pace di Pozzuoli, competente per valore e per territorio.

Infatti, anche per la competenza territoriale, la regola legislativa è contenuta nel codice del consumo (D.L.vo 6/9/05 n.206), secondo cui si presume la vessatorietà della clausola che stabilisce come sede del foro competente una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore. Detta regola viene interpretata dalla giurisprudenza nel senso che, nelle controversie tra consumatore e professionista, si è stabilita la competenza territoriale esclusiva ed inderogabile (se non con apposita trattativa individuale) del giudice del luogo del consumatore, a prescindere

dell'avvenuta designazione di una determinata sede giudiziaria nel documento negoziale e dall'operatività dei criteri ordinariamente previsti.

Nel merito, la domanda è fondata e va accolta nei limiti di cui in motivazione.

E' provato documentalmente, per testimonianza e per non reso interrogatorio formale, che l'attrice nel viaggio di andata Napoli-Rodi subiva un ritardo di ben ventotto ore a causa della mancanza di posti sul volo della Compagnia Aerea (Ypsilon), n.AP1651W, in regime di code sharing con la Compagnia Aerea (Zeta), con partenza da Atene alle ore 14,50 ed arrivo a Rodi alle ore 15,50.

E', altresì, provato che, durante l'attesa per il volo successivo l'attrice non ha avuto una ben che minima assistenza e/o informazione e nessun rimborso, così come previsto e disciplinato dalla normativa Comunitaria:

- Regolamento (CE) n. 261/04 dell'11/2/04 entrato in vigore in Italia il 17/2/05, che ha abrogato e sostituito il previgente regolamento (CE) n.295/91, che disciplina, oltre al negato imbarco dipendente da overbooking, anche la cancellazione del volo e il ritardo prolungato.

Tale normativa prevede che, nei casi di negato imbarco e di cancellazione del volo, il passeggero ha diritto, cumulativamente:

- al rimborso del prezzo del biglietto e, se del caso, al volo di ritorno verso il punto di partenza iniziale, oppure ad un volo alternativo verso la destinazione finale da prendere immediatamente o in una data successiva di suo gradimento, oppure ad un volo verso un aeroporto diverso da quello prenotato e, in tal caso, con il rimborso delle spese di trasferimento dall'aeroporto di arrivo a quello per il quale era stata effettuata la prenotazione;
- ad una somma di denaro per il mancato imbarco che, deve qualificarsi come risarcimento determinato forfettariamente;
- all'assistenza, consistente in pasti e bevande, sistemazione alberghiera, trasporto per il luogo di sistemazione, due chiamate telefoniche o messaggi via telex o fax o posta elettronica.

A tutto ciò non ha ottemperato la Società (Zeta) e, pertanto, la stessa va condannata al pagamento, in favore dell'attrice, della somma di € 250,00, così come previsto dal combinato disposto degli artt. 4 e 7 del Regolamento CE n.261/04; della somma di € 125,00 per spese sostenute per acquisto di pasti e bevande e di una somma per il risarcimento del danno biologico causato dalla lunga permanenza all'aeroporto di Atene che le ha procurato psoriasi generalizzata acuta (confr. Certificazione medica in atti), con un'invalità temporanea di giorni 25.

Pertanto, assumendo un valore economico di € 42,00/giorno si determina un indennizzo di € 1.200,00, comprensivo dei disagi derivati dall'infermità e delle spese mediche forfettizzate.

Per quanto concerne la richiesta di risarcimento danni da "vacanza rovinata", questo Giudice ritiene che la richiesta non possa essere accolta in tal senso in quanto, nel caso di specie, non si può parlare di "vacanza rovinata" nel ritardo di 28 ore all'arrivo nel luogo dove doveva iniziare la vacanza.

Il non aver prestata la dovuta assistenza e/o informazione integra gli estremi dell'inadempimento contrattuale ai sensi della disciplina generale dettata in materia dal Codice Civile, art. 1218 (responsabilità del debitore) ed in particolare dell'art. 949 bis del Cod. nav. (responsabilità del vettore per mancata esecuzione del trasporto): il vettore è responsabile dei danni derivati dalla

mancata esecuzione del trasporto del passeggero e del suo bagaglio a meno che non provi che egli stesso e i suoi dipendenti e preposti hanno preso tutte le misure necessarie e possibili, secondo la normale diligenza, per evitare il danno oppure che era loro impossibile adottarle.

A tale inadempimento consegue la condanna al risarcimento dei danni sofferti secondo i criteri dettati dall'art. 1223 c.c. e, pertanto, a questo Giudice sembra equo liquidare la somma di € 300,00, ex art. 1226 c.c.

Per quanto concerne la richiesta di liquidazione del danno morale ed esistenziale, questo Giudice si è già espresso, in merito, in altre sue sentenze nel senso che, il “fatto” accaduto all'attrice rientra nel novero degli “inconvenienti” che possono verificarsi nella normale “vita quotidiana” e che, il risarcimento del danno non può trovare ingresso nel c.d. “danno esistenziale”, così come definito dalla dottrina e dalla giurisprudenza:

- danno non patrimoniale, inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona;
- la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante per la persona, risarcibile nelle sue conseguenze non patrimoniali
- un “non fare”, o meglio un non poter più fare, un dover agire altrimenti, un relazionarsi diversamente;
- ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno.

Il ritardo del volo aereo non può avere comportato all'attrice una “lesione” tale da essere risarcita nel c.d. “danno esistenziale”.

Diversamente, ogni “pregiudizio” che dovesse capitare alla persona umana, dovrebbe essere risarcita.

Ogni perdita, anche se non incida sulle capacità di produrre reddito (danno patrimoniale), o sull'integrità psico-fisica (danno biologico), o non costituisca patema d'animo (danno morale), diventerebbe pienamente risarcibile.

La funzione riparatoria si ha soltanto nei casi in cui si verta in tema di diritti costituzionalmente garantiti o in presenza di beni che ricevano una specifica protezione costituzionale.

La Corte Costituzionale, infatti, con la sentenza 11 luglio 2003 n.233 ha così statuito: nell'astratta previsione della norma di cui all'art. 2059 c.c. deve ricomprendersi ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: sia il danno morale soggettivo, inteso come transuente turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); sia, infine, il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

Con la citata sentenza, la Corte Costituzionale ha inteso dare giustizia ai valori della persona ampliando il concetto del danno non patrimoniale, dando l'imprimatur al c.d. danno esistenziale derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona e, non a qualsiasi lesione di qualsivoglia interesse.

Al suddetto insegnamento si sta allineando la recente giurisprudenza della Cassazione che afferma:  
- il c.d. danno esistenziale non è una figura autonoma diversa dal danno biologico, ma è necessario, in generale, tenere presente le ricadute sulla qualità della vita derivante dal danno biologico (Cass. 20 aprile 2007 n.9514).

Già Cass. Sez. III, 31 maggio 2003 n.8827, aveva precisato che «la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. va tendenzialmente riguardata non già come occasione di incremento generalizzato delle poste di danno (e mai come strumento di duplicazione di risarcimento degli stessi pregiudizi), ma soprattutto come mezzo per colmare le lacune nella tutela risarcitoria della persona, che va ricondotta al sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale, quest'ultimo comprensivo del danno biologico in senso stretto (configurabile solo quando vi sia una lesione dell'integrità psico-fisica secondo i canoni fissati dalla scienza medica), del danno morale soggettivo come tradizionalmente inteso (il cui ambito resta esclusivamente quello proprio della mera sofferenza psichica e del patema d'animo) nonché dei pregiudizi, diversi ed ulteriori, purché costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto».

Quindi, il danno esistenziale, diversamente da quello morale, non ha natura meramente emotiva ed interiore ma dev'essere oggettivamente accertabile ed aver determinato "scelte di vita" diverse da "quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso", "alterandone l'equilibrio e le abitudini di vita".

In definitiva, il danno esistenziale si riferisce a "sconvolgimenti" delle abitudini di vita e delle relazioni interpersonali provocate da fatto illecito e si traduce in "cambiamenti peggiorativi permanenti, anche se non sempre definitivi" delle stesse.

Infine, c'è da rilevare che, il danno esistenziale non è "in re ipsa". Colui che lamenti un danno esistenziale deve darne prova, a mezzo di documenti, testimonianze, presunzioni. Dal lamentato pregiudizio non deriva automaticamente l'esistenza del danno, ossia questo non è, immancabilmente, ravvisabile a causa della potenzialità lesiva dell'atto illegittimo (Cassazione, S.U. civili, sentenza 24.03.2006 n° 6572).

E, finalmente, è arrivata la sentenza della Cassazione civile, SS.UU., sentenza 11/11/08 n° 26972 che ha dato la parola fine alla disputa sul "danno esistenziale" ed ha confortato l'interpretazione costituzionalmente orientata del danno esistenziale fatta da questo Giudice.

Secondo la Cassazione a Sezioni Unite:

- Il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettibile di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. Non può, dunque, farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata "danno esistenziale", perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità.

- Il pregiudizio non patrimoniale è risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno.
- Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale.
- Nell'ambito della perdita subita e mancate utilità, ex art. 1223 c.c., vanno ricompresi anche i pregiudizi non patrimoniali.
- Al danno biologico va riconosciuta portata tendenzialmente omnicomprensiva.
- Nel caso di danno da morte immediata (o danno tanatologico), il giudice potrà e correttamente riconoscere e liquidare il solo danno morale, a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte, che sia rimasta lucida durante l'agonia in consapevole attesa della fine.
- Il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza che deve essere allegato e provato.

Il credito risarcitorio dell'istante (Tizia) ammonta, quindi, ad € 1.875,00 (250,00+125,00+1.200,00+300,00).

Detto importo è liquidato all'attualità, comprensivo, cioè, dell'intervenuta svalutazione monetaria e degli interessi sino alla data della presente sentenza (Cass. 24/3/03 n.4242).

Dalla data della sentenza sino al soddisfo saranno dovuti gli interessi legali.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate, d'Ufficio, come in dispositivo, tenendo conto della somma liquidata e della relativa tariffa per scaglione, nonché dell'attività processuale svolta.

La sentenza è esecutiva ex lege.

P.Q.M.

Il Giudice di Pace del Mandamento di Pozzuoli, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da (Tizia) nei confronti della S.p.A. (Zeta), in persona del legale rapp.te pro-tempore, disattesa ogni altra istanza ed eccezione, così provvede:

- 1) accoglie la domanda e, per l'effetto condanna la S.p.A. (Zeta), in persona del legale rapp.te pro-tempore, al pagamento in favore di (Tizia) della somma di € 1.875,00, oltre interessi legali dalla domanda fino al soddisfo;
- 2) condanna, altresì, la suddetta convenuta al pagamento delle spese processuali che liquida nella complessiva somma di € 1.550,00, di cui € 50,00 per spese, € 600,00 per diritti ed € 900,00 per onorari, oltre 12,50% ex art. 14 L.P., IVA e CPA se ed in quanto ricorrano i presupposti di legge per tale ripetibilità, oltre successive occorrente;
- 3) distrae la somma così liquidata per spese processuali a favore del procuratore anticipatario;
- 4) sentenza esecutiva ex lege.

Così decisa in Pozzuoli e depositata in originale il giorno 17 novembre 2008 al n. 3047 del Mod. 16.

IL GIUDICE DI PACE  
(Avv. Italo BRUNO)

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri

Magistrati:

Dott. VARRONE Michele - Presidente -

Dott. FILADORO Camillo - Consigliere -

Dott. FINOCCHIARO Mario - Consigliere -

Dott. URBAN Giancarlo - Consigliere -

Dott. LANZILLO Raffaella - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

D.F.G., M.N., elettivamente domiciliati in ROMA VIALE REGINA MARGHERITA 158,  
presso lo studio dell'avvocato CANCELLI COPPOLA LAURA, difesi dall'avvocato FIORILLO  
Ernesto, giusta delega in atti; - ricorrenti -

Contro

... LINEE AEREE ... S.A., in persona del legale rappresentante pro tempore sig. C.P., elettivamente  
domiciliata in ROMA PIAZZA DEL FANTE 2, presso lo studio dell'avvocato  
RIZZACASA GIUSEPPE, che la difende, giusta delega in atti; - controricorrente -

e contro

... SRL; - intimata -

avverso la sentenza n. 405/03 della Corte d'Appello di MESSINA, sezione promiscua, emessa il  
13/02/03, depositata il 2/10/03, R.G. 36/01;

udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 23/06/08 dal Consigliere Dott.ssa  
Raffaella LANZILLO;

udito il P.M., in persona dell'Avvocato Generale Dott. FEDELI Massimo, che ha concluso per  
l'accoglimento p.q.r. del ricorso.

Fatto

Con atto di citazione notificato in data 11.5.1987 D.F. G. e M.N. hanno convenuto davanti al Tribunale di Messina la s.r.l. ... Viaggi, la s.a. ... e la ...Viaggi s.n.c., nelle rispettive qualità di organizzatrice, vettore aereo e agente del loro viaggio di nozze in (OMISSIS), chiedendo il risarcimento dei danni conseguenti ad una serie di disguidi e difetti organizzativi.

I convenuti hanno resistito alle domande: la ...Viaggi si è dichiarata mera intermediaria nell'acquisto del viaggio; la ... ha addebitato l'accaduto alla ... e quest'ultima ha declinato ogni responsabilità.

Il Tribunale di Messina, con sentenza 21 gennaio 2000, ha condannato al risarcimento dei danni la ..., nella misura di 800 dollari, e la ... nella misura di L. 2.000.000, compensando interamente le spese di causa.

Proposto appello principale dagli attori e incidentale dalla ..., la ... ha eccepito l'inammissibilità dell'appello principale per intervenuta acquiescenza, chiedendo comunque il rigetto dell'appello nel merito. Per la ...Viaggi, dichiarata fallita, il curatore non si è costituito.

Con sentenza 2 ottobre 2003 n. 405 la Corte di appello di Messina ha respinto entrambi gli appelli, ponendo a carico degli appellanti principali le spese processuali sostenute da ....

Con atto notificato il 10 novembre 2004 propongono ricorso per cassazione i D.F., per quattro motivi.

Resiste ... con controricorso.

Diritto

1.- Va preliminarmente respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso per tardività.

Il ricorso è stato notificato a ... Viaggi in data 11.11.2004, quindi entro il termine di un anno e quarantasei giorni dalla data del deposito della sentenza impugnata (2.10.2003), sentenza non notificata.

In data 10.11.04 era stata richiesta anche la notifica del ricorso a ..., notifica che ha potuto essere perfezionata solo il 23.11.04, a mezzo posta.

Com'è noto, per quanto concerne il richiedente, la notifica, si intende effettuata alla data della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario, non potendosi imputare alla parte gli eventuali ritardi nel compimento di attività riferibili a soggetti diversi. Solo nei confronti del destinatario, ed agli effetti dei termini che lo riguardano, va tenuto conto della data dell'effettiva ricezione dell'atto notificato (cfr. Corte Cost. 22.10.02 n. 477, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto dall'art. 149 c.p.c. e L. 20.11.82, n. 890, art. 4, comma 3, nella parte in cui dispongono che anche per il notificante la notificazione si perfeziona alla data della ricezione dell'atto).

Nella specie, pertanto, la notifica del ricorso è da ritenere tempestiva.

2.- I ricorrenti hanno contestato agli organizzatori del viaggio ed al vettore i seguenti addebiti: sono stati alloggiati in hotels a tre stelle anziché a quattro, come previsto dal pacchetto turistico; i loro bagagli sono andati smarriti e non più recuperati; il volo ... per le cascate di (OMISSIS) è stato dirottato sull'aeroporto di (OMISSIS) per motivi tecnici; qui essi sono rimasti senza informazioni nè assistenza per oltre quattro ore, per essere poi trasportati in pulman ad (OMISSIS), dopo un viaggio di nove ore, della cui durata non erano stati informati; hanno dovuto pagare di tasca propria le due

notti di albergo a (OMISSIS), ricevendo il rimborso di una sola notte; sono stati lasciati in aeroporto in attesa dell'aereo di ritorno per un'intera giornata, sempre senza informazioni nè assistenza, per poi essere ritrasferiti in albergo perchè l'aereo non partiva; a seguito di tali vicissitudini hanno perso sei giorni di vacanza, ivi incluso il soggiorno a (OMISSIS), che faceva parte del pacchetto turistico e non potè essere effettuato.

3. - La Corte di Appello di Messina ha respinto la domanda di risarcimento dei danni per il mancato atterraggio ad (OMISSIS), ritenendo valido ed autentico il documento prodotto da ..., roveniente dal Ministero dell'aeronautica brasiliano, che attesta che l'aeroporto di (OMISSIS) è rimasto chiuso per due volte il giorno (OMISSIS), e per quattro volte il giorno successivo (cioè nelle date in cui i ricorrenti avrebbero dovuto giungervi e ripartire) per cause di forza maggiore, cioè per le cattive condizioni metereologiche.

Quanto alle altre inadempienze contestate a ..., ha ritenuto sufficienti le somme liquidate in primo grado, ritenendo che - in mancanza di dolo - il risarcimento debba essere limitato ai danni prevedibili, ai sensi dell'art. 1225 c.c..

Quanto alla perdita del bagaglio, ha ritenuto che nulla sia dovuto dalla società organizzatrice del viaggio, in aggiunta a quanto pagato dal vettore aereo, a norma della convenzione di Varsavia.

4.- Con il primo motivo di ricorso, denunciando violazione dell'art. 2697 c.c., i D.F. contestano l'efficacia probatoria del documento prodotto da ..., per il fatto che ne risulta la chiusura dell'aeroporto per otto ore e venti minuti, non per 24 ore, sicchè non è dimostrato che il loro aereo non potesse atterrare alle ore 12 del primo giorno.

4.1.- Il motivo è inammissibile, vertendo sulla valutazione delle prove circa gli orari di arrivo, partenza e chiusura dell'aeroporto, giudizio esclusivamente riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se non sotto il profilo del difetto di motivazione: difetto non ravvisabile nel caso di specie, avendo la Corte di appello correttamente motivato il suo convincimento.

La circostanza che non risulti la coincidenza fra l'orario di chiusura dell'aeroporto e quello di arrivo del volo dei ricorrenti è irrilevante: a fronte del documento, infatti, sarebbe stato onere dei ricorrenti dimostrare che il loro volo era arrivato nelle ore di apertura. Nè appare probabile o credibile che la ... avesse un qualunque interesse a non fare atterrare il suo aereo nel porto di destinazione, ove fosse stato possibile farlo, affrontando essa per prima maggiori oneri e spese per lo spostamento altrove.

5.- Con il secondo motivo, denunciando omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia, i ricorrenti lamentano che la Corte di appello non abbia in alcun modo preso in esame la loro domanda di risarcimento dei danni nei confronti di ... e di ..., per gli ulteriori disservizi conseguenti al mancato atterraggio a (OMISSIS). In particolare, per la mancanza di assistenza e di informazioni, nelle lunghe ore di attesa all'aeroporto, per gli ulteriori disservizi incontrati nella gita ad (OMISSIS), a cui era seguito anche lo smarrimento dei bagagli, per l'assegnazione di alberghi di categoria inferiore a quella convenuta, ecc..

6.- Con il terzo motivo, deducendo violazione degli artt. 1223 e 1225 cod. civ., i ricorrenti censurano la mancata condanna di ..., quale corresponsabile di ..., per le suddette vicende, avendo essa abbandonato i viaggiatori a se stessi, nonostante le specifiche richieste di intervento inoltrate

tramite l'agenzia (OMISSIS); non avendo messo a loro disposizione la guida che, secondo il programma, avrebbe dovuto accompagnarli per tutto il percorso; ed avendo scelto come vettore la ..., da ritenere poco affidabile, anzichè una delle compagnie menzionate nel contratto di viaggio.

Erroneamente, poi, la Corte avrebbe limitato il risarcimento ai danni prevedibili, non ravvisando il dolo, sebbene l'inadempimento di ... fosse da ritenere doloso e non colposo, laddove non ha fornito nè l'assistenza di una guida, nè il trattamento alberghiero promesso.

La somma liquidata in risarcimento dei danni sarebbe da ritenere comunque irrisoria, rispetto al danno effettivo, considerato che essi ebbero a perdere sei giorni di viaggio, fra i disagi della gita a (OMISSIS) e le pratiche relative allo smarrimento dei bagagli.

5.- I due motivi, che possono essere congiuntamente esaminati perchè connessi, sono in parte fondati.

Giustamente rilevano i ricorrenti che la Corte di appello ha ommesso ogni motivazione sulla responsabilità sia di ... che di ... per gli inadempimenti e i disagi che si sono verificati, in aggiunta e a prescindere dall'atterraggio in località diversa da (OMISSIS).

Accertato, infatti, che lo spostamento dell'atterraggio da (OMISSIS) ad (OMISSIS) non era imputabile al vettore aereo, la Corte di appello avrebbe dovuto esaminare le ulteriori doglianze degli odierani ricorrenti, relative a circostanze di fatto che non risultano specificamente contestate – smarrimento dei bagagli, mancanza della guida, mancanza di ogni assistenza nella situazione di emergenza, prestazioni di classe inferiore a quella promessa, ecc. - che indubbiamente costituiscono inadempimento imputabile all'organizzatore del viaggio, quanto alle prestazioni promesse e non rese, ed imputabili anche al vettore, quanto alla trascuratezza e all'incuria nei confronti dei viaggiatori, lasciati senza assistenza e senza informazioni, a seguito dello spostamento dell'aeroporto di arrivo e del volo di ritorno da (OMISSIS).

La Corte di appello ha altresì ommesso ogni motivazione sull'adeguatezza delle somme liquidate in risarcimento dei danni, in relazione agli inadempimenti di cui sopra ed a quelli che ha ritenuto accertati. Manca ogni motivazione sui parametri adottati per quantificare il danno conseguente allo smarrimento dei bagagli, anche alla luce delle convenzioni internazionali in materia, sì da rendere oggettivamente controllabile la fondatezza della decisione adottata non si spiega perchè la somma dovuta da ... sia quantificabile in L. 2.000.00 ed in che relazione sia detta somma con il valore complessivo del viaggio e con le maggiori spese affrontate dai viaggiatori.

E' appena il caso di ricordare che la liquidazione equitativa dei danni non deve consistere in una liquidazione arbitraria, priva di ogni riferimento ai parametri concretamente utilizzati per determinare la somma attribuita e per dimostrarne il carattere satisfattivo.

Risulta parimenti apodittica l'affermazione secondo cui si tratterebbe di conseguenze imprevedibili dell'inadempimento, di cui il contraente non è tenuto a rispondere. Manca infatti ogni indicazione delle ragioni per cui gli effetti pregiudizievoli dell'attribuzione di una categoria alberghiera inferiore a quella pattuita, della mancanza di una guida, della mancata assistenza a fronte dei disagi di un rilevante spostamento del percorso, della perdita di un'escursione programmata, ecc. - tutti inconvenienti tipici dei viaggi organizzati - sarebbero da considerare imprevedibili.

6.- In accoglimento del secondo e del terzo motivo di ricorso, la sentenza impugnata deve essere cassata, con rinvio della causa alla Corte di appello di Messina, in diversa composizione, affinché decida la controversia sulla base dei principi sopra enunciati e con adeguata motivazione provvedendo anche in ordine alle spese della presente fase di legittimità.

7.- Il quarto motivo, con cui si censura la pronuncia sulle spese, risulta assorbito.

P.Q.M.

La Corte di Cassazione rigetta il primo motivo di ricorso. Accoglie il secondo e il terzo motivo. Assorbito il quarto. Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia la causa alla Corte di appello di Messina, in diversa composizione, che deciderà anche in ordine alle spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 23 giugno 2008.

Depositato in

Cancelleria il 30 settembre 2008