



VNiVERSiDAD D SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

FACULTAD DE DERECHO

TESiS DOCTORAL

**TUTELA DEL “CONTRATANTE DÉBIL”
Y CLÁUSULAS ABUSIVAS**

PRESENTADA POR:

SILVIA TOSTI

DIRECTORES:

Dr. D. EUGENIO LLAMAS POMBO

A blue ink signature of Dr. D. Eugenio Llamas Pombo, consisting of several fluid, overlapping strokes.

Dr. D. LORENZO MEZZASOMA

A black ink signature of Dr. D. Lorenzo Mezzasoma, featuring a prominent, sweeping stroke that extends to the right.

SALAMANCA, 2019

INDICE

| | |
|---|-----|
| INTRODUCCIÓN | 4 |
| CAPITOLO I - TUTELA DEL CONSUMATORE E AUTONOMIA CONTRATTUALE | |
| 1. Premessa. | 9 |
| 2. L'ambito di applicazione soggettivo della normativa consumeristica. | 14 |
| 3. Esigenze di tutela del consumatore e nuovi profili del contratto. | 24 |
| 4. Esigenze di tutela che superano i confini della realtà consumeristica. | 43 |
| 4.1. <i>Segue</i> . Disposizioni normative che prevedono forme di controllo sul contenuto del contratto a tutela del contraente debole. | 51 |
| 4.2. <i>Segue</i> . Il controllo sul contenuto del contratto a tutela del contraente debole a livello comunitario. | 69 |
| 5. Tutela del contraente debole <i>tout court</i> e tutela del mercato. | 72 |
| CAPITOLO II - IL GIUDIZIO DI VESSATORIETÀ TRA CODICE CIVILE E CODICE DEL CONSUMO | |
| 1. La disciplina delle clausole abusive nel Codice Civile. | 85 |
| 2. Gli artt. 1341 e 1342 c.c. nell'interpretazione delle Corti. | 91 |
| 3. La direttiva 93/13/CEE e i suoi motivi ispiratori. | 98 |
| 4. Il recepimento della direttiva 93/13/CEE. | 102 |
| 4.1. <i>Segue</i> . Le modifiche apportate all'articolo 1469 bis c.c. a seguito del recepimento della direttiva 93/13/CEE. | 106 |
| 4.2. <i>Segue</i> . Le modifiche apportate all'articolo 1469 quater, | |

| | |
|---|-----|
| comma 2, c.c. e all'art. 1469 quinquies, comma 5 c.c. | 108 |
| 4.3. Segue. L'omissione della «raccomandazione» nell'art. 1469 sexies c.c. | 110 |
| 5. La disciplina delle clausole abusive ed il Codice del Consumo. | 113 |
| 6. Il rapporto tra la disciplina delle clausole abusive di cui al Codice del consumo e gli artt. 1341 e 1342 del Codice Civile. | 117 |
| 7. Il concetto di «clausola vessatoria» alla luce dell'art. 33 c. cons.: la buona fede. | 120 |
| 7.1. Segue. La clausola generale di cui al comma 1, dell'art. 33 c. cons. | 127 |
| 7.2. Segue. Il significativo squilibrio. | 131 |
| 8. I criteri di accertamento della vessatorietà della clausola ai sensi dell'art. 34 c. cons. | 144 |

CAPITOLO III - VESSATORIETÀ E RIMEDI

| | |
|--|-----|
| 1. Il regime sanzionatorio: una nullità lontana dalla tradizionale invalidità radicale, necessaria ed irrecuperabile. | 152 |
| 2. I profili non espressamente disciplinati: prescrizione, sanatoria e opponibilità ai terzi. | 161 |
| 3. I contributi della giurisprudenza in ordine alla nullità di protezione: un modello «costruito» dalle pronunce della Corte di Giustizia. | 163 |
| 4. La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie: art. 37 del Codice del Consumo. | 172 |
| 5. La valutazione della vessatorietà in sede inibitoria: i criteri di cui al Titolo I in un giudizio general-preventivo. | 180 |
| 6. La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie: art. 37 <i>bis</i> del Codice del Consumo. | 185 |

| | |
|---|-----|
| 7. Un ulteriore strumento di tutela: l'azione di classe. Cenni. | 199 |
| CAPITOLO IV – IL RUOLO DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA NEL GIUDIZIO DI ABUSIVITÀ DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI | |
| 1. L'art. 35 c. cons.: il canone di chiarezza e comprensibilità. | 206 |
| 2. Il ruolo del principio di trasparenza nel giudizio di vessatorietà. | 211 |
| 3. Il difetto di trasparenza quale autonomo requisito per la valutazione della vessatorietà. | 216 |
| CONCLUSIONES | 221 |
| BIBLIOGRAFIA | 240 |

Introducción

Las acusadas transformaciones sociales y económicas, las innovaciones tecnológicas y los modernos sistemas de producción y de intercambio, han llevado al legislador interno, bajo dirección comunitaria, a concentrar la atención en el fenómeno contractual para la búsqueda de un equilibrio que favorezca tanto la producción como el consumo, prestando particular atención a la tutela del consumidor como contratante débil. Es justo en la compleja relación entre mercado y tutela del consumidor donde surge la problemática relativa al control de los actos de la autonomía privada, que ha despertado el interés del legislador, que se preocupa por predisponer reglas y principios en grado de tutelar las categorías débiles y de garantizar contextualmente un mercado libre y competitivo. Esta atención se refleja en un proyecto particularmente ambicioso, destinado a atenuar o eliminar las consecuencias de la disparidad de poder contractual que de manera recurrente afecta a la relación entre «empresario» y «consumidor-usuario» y que repercute en la equilibrada división entre los mismos de las situaciones subjetivas activas y pasivas derivadas del reglamento contractual. Del análisis del sistema de las actividades de producción y comerciales emerge, de hecho, de modo evidente la asimetría que caracteriza ciertos contratos y la relevancia de todas aquellas disposiciones normativas que tienen por objeto reequilibrar las relaciones negociales, ya sea en la fase de la contratación que en la de ejecución. La disciplina de matriz comunitaria se presenta como un instrumento esencial para la realización de este objetivo, destinada a depurar el contenido de los contratos celebrados entre consumidores y empresarios en cuanto a las cláusulas abusivas, o sea, de los pactos no desconocidos por nuestro Código Civil (art. 1341, coma 2), que «a pesar de la buena fe, determinan un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones derivados del contrato para el consumidor» (art. 33 ss. *Codice del Consumo*). Este esquema normativo, introducido en Italia con la reforma del Código Civil

de 1996 de los arts. 1469 *bis* ss., es fruto de la transposición de la Directiva 93/13/CEE, que ha tenido un efecto detonante en el ámbito de los contratos, en cuanto que está dirigida a permitir un control más penetrante sobre el contenido del contrato, con el fin de verificar el equilibrio sustancial de la relación y así, poder ofrecer una tutela reforzada a la parte débil. De hecho, es innegable el impacto que la Directiva anteriormente citada ha tenido en nuestro ordenamiento. Ésta, ha supuesto la superación del principio tradicional de igualdad formal y de la perspectiva formalista y procesal de los arts. 1341 e 1342 c.c., haciendo que el control del contenido asuma un papel de primer nivel. Las disposiciones en materia de cláusulas abusivas, originariamente contenidas en el ámbito del Código Civil, se agregaron, sucesivamente, a los arts. 33 ss. del *Codice del consumo*¹, emanado con el objetivo de realizar una reagrupación de las disposiciones normativas relativas a la tutela del consumidor. Este código ha adoptado, según la indicación expresa del Consejo de Estado en el propio Parecer Consultivo² sobre el articulado, la opción de disociar tales disposiciones «aunque se opongan objeciones relativas, principalmente, a la interpretación extensiva más pacífica que la ubicación del articulado en el Código civil podía consentir», mientras que la introducción de un código sectorial podría limitar la aplicación a los casos expresamente indicados, tratándose de normas de naturaleza especial.

¹ Se trata del d. lg. 6 septiembre 2005, n.206, que ha dado actuación a la delegación conferida al gobierno trámite la l. 29 luglio 2003, n. 229 concerniente «*Interventi urgenti in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e semplificazione – legge di semplificazione per il 2001*».

² El Consejo de Estado, en el Parecer del 20 diciembre 2004, observa de hecho, que la elección original de intervenir en el Código Civil estaba motivada por la ausencia de una sede capaz de agrupar orgánicamente las normas sobre el consumidor, pero las razones de tal elección perdieron fuerza en virtud de la supervivencia del Código de consumo, la faltada introducción de tales disposiciones en el Código cons., fundamentales para la tutela del consumidor, la habría privado de organicidad.

El sistema delineado por el código de consumo para la tutela del consumidor frente a la posibilidad de que el empresario predisponga unilateralmente en el contrato cláusulas abusivas, se basa en la predisposición de listas de cláusulas abusivas (art. 36, *black list*) o de su presunción (art. 33, coma 2, *grey list*), sobre la previsión de una definición general de cláusula abusiva, que opera como «cláusula general» (art. 33, coma 1), bajo la indicación de una serie de criterios complementarios e instrumentales a la aplicación de la cláusula general; bajo el uso del principio de transparencia, finalizado a superar la asimetría informativa en la que el consumidor normalmente se encuentra; bajo la disposición de soluciones y sanciones en lo referente a las cláusulas abusivas tanto en el juicio individual, para el que está prevista la sanción de la nulidad, como en el juicio colectivo dirigido a obtener por parte de la autoridad judicial una tutela inhibitoria. Además, este cuadro se enriquece con la previsión de un control administrativo (art. 37 *bis*), y de la acción de clase o colectiva (art. 140 *bis*) como emblemas de la voluntad de tutelar de modo más incisivo al consumidor y, al mismo tiempo, garantizar que en el mercado no se realicen prácticas abusivas. Se trata de un aparato normativo que hace evidente la exigencia de asegurar una condición de igualdad, no meramente formal, de las partes del contrato y de garantizar que cada reglamento contractual sea el resultado de un adecuado equilibrio entre autonomía negocial y «justicia» del intercambio, a través de la predisposición de peculiares instrumentos destinados a asegurar un control que no debe quedarse en la «forma», sino que debe incidir en todo el contenido contractual.

El presente trabajo pretende analizar, en base a la Directiva 93/13/CEE, la normativa en materia de cláusulas abusivas de los arts. 33 ss. del *Codice del consumo* para poder captar la fuerza expansiva de la proyección de una tutela efectiva que responda más tanto a las exigencias del caso en concreto como a la *ratio* de la directiva 93/13/CEE. La primera parte está dedicada

al ámbito de aplicación subjetivo de la disciplina. El análisis se conduce para intentar demostrar la posibilidad de ir más allá de los rígidos esquemas que establece el art. 3 c. cons., modulando la aplicación de la normativa de protección en base a las efectivas exigencias de debilidad del contratante, más allá de las calificaciones subjetivas. La segunda parte está dedicada a los criterios de valoración de la abusividad, un cuadro articulado y complejo que presencia una recíproca interacción entre tutela sustancial y procesal. Un cuadro que determina una gama de soluciones, analizadas en la tercera parte, que salen de los esquemas tradicionales, y que ve operar no sólo controles jurisdiccionales, sino también de naturaleza administrativa, así como controles de carácter individual o controles «difusos». La investigación llevada a cabo pretende demostrar la necesidad de una «remodelación» de las actuales herramientas de control sobre el contenido del contrato, evidenciando los puntos de debilidad para adecuarlos más a las exigencias del caso concreto y a reevaluar la disciplina sobre las cláusulas abusivas no sólo desde la perspectiva del «contratante débil», sino también desde la de la protección del mercado. De este modo, tomando como base el control del contenido, finalizado a garantizar el equilibrio sustancial en las contrataciones asimétricas, y la *ratio* de la directiva 93/13/CEE, se intentará abarcar las diversas implicaciones que la difusión de las «cláusulas abusivas» produce en el mercado, el papel de la relativa disciplina sobre el rigor y la competitividad de sus dinámicas, así como las posibles declinaciones del principio de transparencia para poder atribuirles, dentro del sistema delineado por nuestro legislador, el papel de autónomo criterio de valoración de la abusividad de las cláusulas contractuales.

CAPITOLO I
TUTELA DEL CONSUMATORE E
AUTONOMIA CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’ambito di applicazione soggettivo della normativa consumeristica. – 3. Esigenze di tutela del consumatore e nuovi profili del contratto. – 4. Esigenze di tutela che superano i confini della realtà consumeristica. – 4.1. *Segue*. Disposizioni normative che prevedono forme di controllo sul contenuto del contratto a tutela del contraente debole. – 4.2. *Segue*. Il controllo sul contenuto del contratto a tutela del contraente debole a livello comunitario. – 5. Tutela del contraente debole *tout court* e tutela del mercato.

1. Premessa

La necessità di dare alla luce una raccolta omogenea di disposizioni poste a tutela del consumatore era stata evidenziata, in passato, da parte della dottrina³, ma, prima dell’entrata in vigore del Codice del consumo, non era mai stata ufficialmente soddisfatta. Al tempo stesso, però, l’analisi delle altre esperienze europee e la generale politica di protezione dei consumatori affermata in sede comunitaria e ribadita dalla Commissione europea nella Comunicazione relativa agli anni 2002-2006, facevano emergere di fatto la significativa lacuna dell’ordinamento italiano, rendendo sempre più necessario un adeguamento della normativa interna alle disposizioni comunitarie e una sua armonizzazione e riorganizzazione, funzionale a perseguire gli obiettivi di tutela affermati in sede comunitaria. Il Codice del Consumo si muove, dunque, in una logica strettamente comunitaria, prendendo spunto da altre compilazioni già apparse in altri Paesi dell’Unione Europea, quali, ad esempio, il *Code de la Consommation*

³ A tal proposito si veda, tra gli altri, G. ALPA e G. CHINÈ, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, App., vol. XV, Torino, 1997, p. 541 ss.; G. CHINÈ, *Il consumatore*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, p. 164 ss.

francese⁴, la *Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios*⁵ e il Progetto di Codice belga. Il legislatore italiano, in particolare, a differenza di quello tedesco, che ha inserito le discipline comunitarie sulla tutela del consumatore all'interno del Codice di diritto comune, ha affiancato la disciplina di settore al Codice Civile, alla stregua di quanto avvenuto in Francia, dando vita ad una ricompilazione completa delle principali fonti di disciplina dei diritti del consumatore, con alcune innovazioni sistematiche di rilievo⁶. Il Codice del Consumo ha un «approccio globale» al rapporto di consumo⁷, disciplinando, non soltanto la fase relativa alla conclusione vera e propria del contratto, ma ogni fase anteriore e posteriore alla stipulazione dell'accordo⁸. Quindi, con l'espressione «processi di acquisto e consumo» di cui all'art. 1 del Codice

⁴ Pubblicato con la l. 26 luglio 1993, n. 93-949.

⁵ Si tratta della legge 19 luglio 1984, n. 20. A seguito dell'evoluzione del mercato e delle sue dinamiche tale legge ha subito delle modifiche che hanno condotto all'emanazione del *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, attualmente in vigore e recentemente modificato per effetto della l. 3/2014, una modifica resa necessaria dall'esigenza di adattare la normativa alle previsioni della direttiva 83/2011/UE, del 25 ottobre 2011, riguardante i diritti dei consumatori. Sul punto cfr. S. DÍAZ ALABART, *Introducción: la contratación con consumidores*, in S. DÍAZ ALABART (a cura di), *Manual de derecho de consumo*, Madrid, 2016, p. 7 ss.

⁶ Cfr. V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, p. 40 ss. Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo cfr. A. BERCOVITZ, *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil*, in *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, p. 27; A. CARRASCO PERERA, *El derecho de consumo en España: presente y futuro*, Madrid, 2002, p. 36 ss.

⁷ L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHERTI, *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 13 ss.

⁸ Nella Relazione ministeriale, si legge: «Nel corpo delle regole riguardante i consumatori devono includersi disposizioni che concernono la fase anteriore alla formazione del contratto. In questo ambito si situano il momento in cui avviene il contatto sociale tra le parti, i rapporti tra i consumatori e le istituzioni pubbliche, le relazioni associative, gli effetti del consumo del bene o dell'uso di un servizio».

medesimo⁹, in cui si definiscono finalità ed oggetto dello stesso, si intende delimitare un ambito notevolmente ampio di attività del consumatore nel quale non trovano collocazione solo gli strumenti contrattuali, ma anche, le fasi a valle e monte. Ne deriva che a venire in evidenza sia l'intero «rapporto di consumo», non limitato ai soli aspetti contrattuali, ma comprendente anche gli aspetti preliminari quali, informazione, pubblicità e altre forme di comunicazione, e quelli conseguenti l'atto di acquisto in senso stretto quali recesso, garanzie, rimedi e risarcimenti. Tutto ciò appare strettamente connesso alla dilatazione della nozione stessa di consumatore-utente, poiché, secondo il Codice, per consumatore si intende «anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze» (art. 18, comma 2, c. cons.). Da ciò si evince che la nozione di consumatore, accolta nel Codice, è interessata da «un evidente fenomeno di generalizzazione in senso “promozionale”, nella misura in cui il consumatore medesimo, da mero fruitore di beni e servizi, giunge ad identificarsi con il “cittadino europeo”, cui sono attribuiti come persona, prima ancora che come soggetto contraente, una serie di diritti destinati a travalicare la prospettiva meramente economica e patrimoniale della relazione giuridica»¹⁰. Occorre, comunque, tenere presente che la suddivisione sistematica della normativa delineata dal nostro legislatore deve essere letta alla luce della unitarietà e della complessità dell'ordinamento giuridico e quindi, pur potendo la qualità di consumatore

⁹ Art. 1 Codice del Consumo: «Nel rispetto della Costituzione ed in conformità ai principi contenuti nei Trattati delle Comunità europee, nel Trattato dell'Unione europea, nella normativa comunitaria con particolare riguardo all'art 153 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, nonché dei Trattati internazionali, il presente codice armonizza e riordina le normative concernenti i processi di acquisto e consumo, al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti».

¹⁰ E. CAPOBIANCO, *Sub art. 1*, in E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, p. 4 ss. Si veda, inoltre, M. BESSONE, *Inviolabili diritti della persona e statuto costituzionale dei diritti del consumatore*, in *Dir.fam.*, 1986, p. 691 ss.

giustificare l'applicazione di specifici regimi giuridici, tale qualità rappresenta solamente un aspetto della persona¹¹, dovendosi, dunque, interpretare la normativa di settore alla luce dei principi e valori costituzionali e comunitari. In tale prospettiva, non può essere trascurato che la tutela del contraente è strettamente connessa a quella delle dignità umana, quale nucleo essenziale di ogni diritto, che impone al legislatore il dovere di predisporre norme di protezione a fronte di comportamenti lesivi. E ciò trova conferma dall'entrata in vigore della Carta di Nizza che all'art. 1 statuisce che «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata», sancendo il diritto alla protezione dei consumatori, che si

¹¹ In tal senso, V. RIZZO, *La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO, *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, p. 46. Sulla impossibilità di ricondurre la nozione di consumatore al concetto di *status*, vedi P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 511, secondo il quale «il consumatore non è uno *status*, ma una posizione contrattuale da individuare e accertare di volta in volta: il soggetto ora è consumatore, ora è produttore o imprenditore»; L. MEZZASOMA, *La protección del consumidor y del usuario en el ordinamiento italiano (la noción de consumidor y usuario)*, in *Práctica Derecho de daños*, La Ley, num. 116/2013, p. 8 ss.; ID., *Il consumatore e il professionista*, cit., p. 13 ss; F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 810 ss. il quale evidenzia che la nozione di *status* «nell'ordinamento vigente, appare priva di contenuto sostanziale, designando semplicemente in modo sintetico una pluralità di situazioni soggettive scaturenti da un atto o un fatto attenente ad una condizione personale. Si è, inoltre, contestata l'utilità di un suo impiego in funzione protettiva dei valori di cui la persona fisica è storicamente portatrice, neppure nella moderna accezione di *status personae*, elaborata per indicare il complesso delle situazioni giuridiche che, essendo immediatamente e direttamente correlate al soddisfacimento dei bisogni essenziali della persona, spettano necessariamente ad ogni individuo. Ciò in quanto si è ritenuto che il perseguimento dell'obiettivo di assicurare una effettiva promozione della dignità della persona nel concreto della realtà sociale in cui vive ed opera possa con maggior efficacia essere realizzato attraverso una rigorosa e coerente applicazione, anche nei rapporti interpretati, dei principi costituzionali di solidarietà e di uguaglianza sostanziale, finalizzati, per l'appunto, a dare concretezza al solenne enunciato dell'art. 2 cost., che pone la persona umana all'apice della gerarchia dei valori dell'ordinamento giuridico».

correla, inevitabilmente, al dovere di garantire piena ed effettiva tutela dei diritti fondamentali della persona. Al tempo stesso, appare essenziale sottolineare la dimensione costituzionale dei diritti dei consumatori, come emerge apertamente dall'art. 1 del Codice del Consumo. La Costituzione italiana, infatti, assurge a fondamento di legittimità di tali diritti ed esprime, al medesimo tempo, l'insieme dei valori e principi alla stregua dei quali effettuare l'interpretazione della legislazione consumeristica, decretando in tal modo il passaggio da una dimensione meramente patrimonialistica ad una personalistica del *consumerism*, che sta prendendo consistenza anche a livello comunitario: «la Persona viene posta a guida del mercato e i diritti e valori della stessa assumono preminenza gerarchica rispetto agli interessi economici»¹². Non vi è dubbio, dunque, che si imponga una «lettura integrata della Costituzione italiana, unitariamente intesa, e della normativa interna e comunitaria nella prospettiva di un completamento armonico di valori»¹³, che consenta di offrire al contraente debole una tutela effettiva. Quanto esposto impone di interpretare la normativa di settore, muovendo dal valore della persona umana, rispetto al quale i diritti e le libertà economiche assumono un ruolo servente e subordinato, solo in tal modo sarà possibile valutare un'estensione della stessa a quei soggetti che pur non rientrando nei rigidi schemi definitivi di cui all'art. 3 c. cons., di fatto, versano in una posizione di debolezza rispetto alla controparte contrattuale.

¹² E. CAPOBIANCO, *Sub art. 1*, in E. CAPOBIANCO E P. PERLINGIERI, *Il codice del consumo annotato con la dottrine e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, p. 5.

¹³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 531 ss.

2. L'ambito di applicazione soggettivo della normativa consumeristica

Come è noto, il c.d. rapporto di consumo richiede, sotto il profilo soggettivo, il coinvolgimento di contraenti che rientrino nella definizione di professionista, da un lato, e di consumatore, dall'altro. Se la nozione di professionista – definito *ex art. 3, lett. c)* c. cons. «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario» – non ha mai suscitato particolari problemi interpretativi, l'attenzione della dottrina¹⁴ e della giurisprudenza¹⁵ è stata particolarmente attratta da quella di consumatore¹⁶. L'art. 3, lett. a) del Codice del consumo definisce

¹⁴ G. ALPA, *Ancora sulla tutela del consumatore*, in *Contratti*, 2001, p. 206; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Sulla nozione di consumatore*, in *Contratti*, 2007, p. 1072; F. GARATTI, *Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore*, in *Danno resp.*, 2009, p. 944 ss.; G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 86 ss.; V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, p. 369 ss., in cui l'A. svolge un'analisi comparativa della nozione prendendo in considerazione vari ordinamenti europei. L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 13 ss.

¹⁵ Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Contratti*, 2002, p. 338 ss.; Cass., 11 ottobre 2002, n. 14561 (ord.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 174 ss.; Pret. Foggia-Orta-Nova, 17 dicembre 1998, in *Giur. it.*, 2000, p. 312, con nota di T. Torresi, *Consumatore, professionista. Fermenti giurisprudenziali*; Trib. Terni, 13 luglio 1999, in *Danno resp.*, 2000, p. 866 con nota di A. Palmieri, *La sfuggente nozione di consumatore e le istanze di tutela del professionista vessato*; Trib. Roma, 20 ottobre 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2117; Trib. Napoli, 22 luglio 2002, in *Foro it.*, 2003, I, c. 336; Trib. Napoli, 21 novembre 2002, in *Corr. giur.*, 2003, p. 657.

¹⁶ La definizione di consumatore ha letteralmente monopolizzato le riflessioni della dottrina, cfr. G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993, p. 201 ss.; ID., *Clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 639 ss., che ha ricondotto la figura del consumatore all'interno di una specifica e determinata categoria o *status*. Altra parte della dottrina ha sottolineato, invece, l'impossibilità di parlare di uno *status* di consumatore, posto che un individuo è tale essenzialmente in base all'atto di consumo. Si è di conseguenza ritenuto che

consumatore «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta». La norma riproduce, sostanzialmente, la definizione di consumatore già impiegata in sede comunitaria. In tal senso, infatti, si sono espresse la direttiva 85/347/CEE relativa al danno da prodotti difettosi, la direttiva 93/13/CEE in materia di clausole abusive, la direttiva 99/44/CE sulla vendita dei beni di consumo e, da ultimo la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori. Il dibattito sorto attorno a tale nozione si è incentrato, da un lato, sulla necessità di estendere la definizione di consumatore anche a tutte quelle persone giuridiche che, caratterizzate da una sostanziale debolezza nei confronti delle proprie controparti commerciali, si dimostrino di fatto bisognose delle tutele previste dal

anche un imprenditore potrebbe essere qualificato consumatore nel caso acquisti un bene o un servizio a scopo prettamente personale, segnalando, quindi, che non si può delimitare in rigide categorie i soggetti coinvolti nell'atto di consumo. In tal senso si veda, fra tutti, P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1995, p. 99, il quale sottolinea che il consumatore «non sempre è debole, neppure economicamente [...] I consumatori di determinati beni, se uniti, costituiscono un gruppo di pressione forte e condizionante. D'altro canto, si può essere protagonisti del mercato quali produttori in un certo settore e consumatori in altro: a volte il produttore è consumatore e portatore di handicaps culturali e psicofisici, utente di servizi non organizzati a scopo di lucro, di servizi pubblici essenziali, consumatore in regime di monopoli di fatto e via discorrendo. Sono tutte situazioni estremamente diversificate». Più recentemente, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 663 ss. Dello stesso avviso, V. ROPPO, *Protezione del consumatore e teoria della prassi*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 701 ss.; C.M. MAZZONI, *Contro una falsa categoria: i consumatori*, in *Giur. comm.*, 1976, I, c. 624 s.; M. BESSONE e G. FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 222; M. BESSONE, *Interesse collettivo dei consumatori e regolazione giuridica del mercato. I lineamenti di una politica del diritto*, in *Giur. it.*, 1986, IV, c. 296; ID., *Consumerism e tutela dei consumatori. I percorsi obbligati di una politica del diritto*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 615 ss.; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1152 ss.; R. CALVO, *Tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, *ivi*, 2004, p. 871.

codice del consumo¹⁷, e, dall'altro lato, sulla problematica relativa alla difficile distinzione tra atti funzionali allo scopo imprenditoriale ed atti destinati al consumo individuale che si pone, in particolare, in relazione ai c.dd. «atti promiscui» o comunque «connessi» all'attività di impresa¹⁸.

Nello specifico, la disposizione in esame restringe la nozione di consumatore alla sola persona fisica e la sua formulazione ha indotto la giurisprudenza ad escludere l'applicabilità della disciplina a qualsiasi tipologia di persona giuridica¹⁹. Sulla base del tenore letterale della norma,

¹⁷ Al riguardo cfr. V. RIZZO, *Le clausole «abusive»: realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 588 s.; L. GATT, *Art. 1469-bis, comma 2°, Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, L. BIGLIAZZI GERI, F. BOCCHINI, M. COSTANZA, G. IUDICA, M. NUZZO, V. RIZZO, M. SESTA E G. VETTORI (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 808 ss.; L. D'ACUNTO, *L'ente non profit tra «professionista» e «consumatore»*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Torino, 2003, p. 210 ss.; D. MEMMO, *Art. 3, in Codice ipertestuale del consumo*, diretto da M. FRANZONI, Torino, 2008, p. 17 s.

¹⁸ V. E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in A. GENTILI (a cura di), *I rimedi*, in *Tratt. del contratto* Roppo, IV-1, Milano, 2006, p. 522; U. COREA, *Sulla nozione di «consumatore»: il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 13 ss.; F. DI MARZIO, *Ancora sulla nozione di «consumatore» nei contratti*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 688 ss.; L.M. PETRONE, *Il consumatore «dimezzato»: gli acquisti con finalità miste*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 88 ss.; E. FAZIO, *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 153 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 1533 ss.; L. MEZZASOMA, *La tutela del sovraindebitato quale contraente debole*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA e S. POLIDORI, *Scritti in onore di Vito Rizzo, persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Napoli, 2017, p. 1253 ss.

¹⁹ V., *ex multis*, Cass., 11 ottobre 2002, n. 14561; Cass., 8 giugno 2007, n. 13377; Cass. 14 luglio 2011, n. 15531; Cass., 23 settembre 2013, n. 21763; Cass. 12 marzo 2014, n. 22863; Cass. 12 marzo 2014, n. 5705; Cass., 19 luglio 2017, n. 17848; Trib. Palermo, 26 marzo 2010, n. 42 tutte in *DeJure on line*. L'orientamento della giurisprudenza italiana segue l'interpretazione fornita dalla

nonché sulla base del rilievo che l'esclusione ricade all'interno di un preciso e consapevole disegno di politica del diritto, anche parte della dottrina ha condiviso l'interpretazione restrittiva fornita giurisprudenza. Tale posizione dottrinale muove dal presupposto che il legislatore abbia limitato l'ambito di applicazione della tutela consumeristica allo scopo di proteggere unicamente quei soggetti che, agendo al di fuori di un'attività di carattere speculativo, si trovano in una posizione di debolezza fisiologica²⁰. Tuttavia, a parere di chi scrive, se si guarda la realtà pratica, non si può non notare l'irragionevolezza nella differenza di trattamento giuridico tra soggetti che, a prescindere dal rientrare o meno nella definizione di consumatore, versano in una condizione di debolezza rispetto alla controparte. Si pensi, ad esempio, agli enti che agiscono non per scopi professionali, ma per finalità sociali, culturali e assistenziali che non ricevono, in quanto persone giuridiche, un'adeguata tutela quando entrano in contatto con una controparte professionale. Se la *ratio* principale sottesa al diritto dei consumi si sostanzia nel proteggere il soggetto che si trova in posizione di inferiorità rispetto al professionista, dovrebbe giungersi a riconoscere la medesima tutela a favore della persona giuridica laddove versi in tale identico stato di soggezione. Posto che la qualifica di persona giuridica non impedisce, né diminuisce il rischio di una sua possibile soggezione agli abusi esistenti nel mercato, la differenziazione nella tutela

Corte di Giustizia Cfr. Corte Giust., 22 novembre 2001, cause riunite C-541/99 e C-542/99, in *Foro it.*, 2001, IV, c. 501 ss., con nota di A. PALMIERI; in *Corr. giur.*, 2002, p. 445 ss., con nota di R. CONTI; in *Contratti*, 2002, p. 519 ss., con nota di E. GUERINONI. Un tentativo, seppur minoritario, di estendere la nozione al di là della persona fisica, si ravvisa in Pret. di Foggia, sez. di Orta Nova, 17 dicembre 1998, in *Giur. it.*, 2000, c. 312 ss., con nota di T. TORRESI; Trib. di Roma, 20 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, c. 645, con nota di G. LENER.

²⁰ R. CONTI, *Lo status di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione*, in *Corr. giur.*, 2001, IV, p. 533. G. CHINÈ, *Sub art. 3 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, Milano, 2008, p. 18 ss.

appare ingiustificabile, nonché manifestamente iniqua²¹. Al riguardo, già da tempo parte della dottrina ha manifestato le proprie perplessità in merito a tali limitazioni, proponendo un'interpretazione estensiva della normativa²². Tuttavia di tutt'altro avviso è apparsa Corte costituzionale²³ che ha ritenuto non irragionevole l'esclusione della persona giuridica dalla disciplina di protezione, confermando la definizione di consumatore quale «persona fisica che contratta per scopi estranei all'attività professionale

²¹ E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, in *Contratti*, 2009, p. 34.

²² P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Riv. Giur. Molise e Sannio*, 1995, p. 309; ID., *La tutela del «contraente debole» nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 319; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 679; E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003, p. 32; ID., *La protezione del consumatore tra obiettivi di razionalizzazione normativa e costruzione del sistema nell'esperienza del codice del consumo*, in *Vita not.*, 2008, spec. p. 1194 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Art. 1469 bis, comma 1*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 800; F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 766; L. GATT, *Art. 1469-bis, comma 2*, *ivi*, p. 837; V. RIZZO, *la disciplina delle clausole vessatorie: profili storici*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie e vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, pp. 6-7, che evidenzia «(...) sembra oggi poco attuale a causa dell'emergere di nuove figure di contraenti deboli che, pur non presentando le caratteristiche richieste dalla legge per essere considerati consumatori, sono comunque soggetti bisognosi di tutela in tutte le circostanze nelle quali entrino in contatto con controparti che per conoscenze tecnico-economiche e per capacità imprenditoriali sono qualificabili come contraenti forti».

²³ Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 967, con nota di P. Violante. L'art. 3, lett. a), fu sottoposto al vaglio della Consulta, ritenendosi che la disposizione generasse una disparità di trattamento rispetto ad altri soggetti deboli – il riferimento era a piccoli imprenditori ed artigiani - ma la questione fu ritenuta infondata. La posizione della Corte costituzionali, si pose in linea con la precedente pronuncia della Corte di Giustizia, che in riferimento alla direttiva 93/13/CEE, aveva ribadito che il consumatore è solo la persona fisica, Corte Giust., 22 novembre 2001, cause riunite C-541/99 e C-542/99, in *Foro it.*, 2001, IV, c. 501 ss., con nota di A. Palmieri; in *Corr. giur.*, 2002, p. 445 ss., con nota di R. Conti; in *Contratti*, 2002, p. 519 ss., con nota di E. Guerinoni.

eventualmente svolta». La richiamata decisione è stata accolta con favore da quella parte della dottrina che sostiene che la limitazione normativa, attuata dal nostro legislatore, sarebbe in linea con la legislazione della maggioranza dei Paesi europei²⁴ e che l'interpretazione restrittiva

²⁴ Al riguardo non si può non evidenziare la soluzione adottata dall'ordinamento spagnolo. L'art. 3 del *Texto Refundido para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (Real Decreto Legislativo del 16 novembre 2007), include nella nozione di consumatore anche le persone giuridiche pur sempre però che agiscano per scopi estranei all'attività economica dell'ente e senza finalità di lucro. Si veda, M. J. REYES LOPEZ, *Comentario a la Ley de mejora de la protección de los consumidores*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA E V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 567 ss.; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario al artículo 3: concepto general de consumidor y usuarios*, in R. BERCOVITZ (coord.), *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Navarra, 2009, p. 87 ss. A. LUNA SERRANO, *La protección del contratante débil (Con algunas precisiones de diferenciación entre los derechos español e italiano)*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA e S. POLIDORI, *Scritti in onore di Vito Rizzo, Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Napoli, 2017, p. 1105 ss. L'A. in merito all'estensione del concetto di consumatore anche alle persone giuridiche operata dall'ordinamento giuridico spagnolo osserva che «La ampliación del concepto de consumidor a las personas jurídicas que lleva a cabo el derecho español parece perfectamente justificada, en cuanto que tales personas pueden encontrarse en las relaciones contractuales que establecen con terceros profesionales o empresarios en una situación de inferioridad o debilidad. Piénsese, para poner sólo unos pocos ejemplos, en la fundación que presta, sin ánimo de lucro, atención sanitaria y adquiere para ello material clínico o medicamentos, en la parroquia que para el comedor caritativo que organiza adquiere de terceros los alimentos que dispensa o en el colegio público o concertado sin ánimo de lucro que para facilitar el deporte de sus alumnos alquila espacios pertenecientes a una sociedad anónima deportiva. En todos estos casos parece claro que los entes no profit que constituyen la fundación hospitalaria, la parroquia o el colegio pueden perfectamente ser considerados como consumidores, en cuanto que cuando adquieren los productos sanitarios, consumen alimentos o utilizan las canchas deportivas no lo hacen para integrarlos en procesos de comercialización o prestación a terceros (art. 1.3 de la ley 26/1984) por lo que no tienen el concepto, alternativo al de consumidor o usuario, de empresario (art. 4 del decreto 1/2007), en cuanto que no han

deriverebbe dall'attività degli organi comunitari i quali, durante il corso degli anni, nel delineare la figura di consumatore si sono sempre e solo riferiti alla persona fisica²⁵. Tale argomentazione, a parere di chi scrive, non appare pienamente convincente. Non può infatti essere ignorato che in più occasioni il legislatore europeo ha dimostrato di volere dar forza all'idea che la situazione di debolezza non sia da riferire *a priori* e in maniera astratta ad una delimitata categoria di soggetti, ma vada verificata di volta in volta in base alle circostanze del caso concreto. Vari sono gli interventi che testimoniano la volontà di estendere la disciplina di protezione ad altri soggetti, diversi dal consumatore inteso in senso stretto. Il riferimento è, innanzitutto, alla direttiva 83/2011/UE sui diritti dei consumatori, recepita in Italia con il d.lg. 21 febbraio 2014, n. 21. Il Considerando n. 13 della stessa, introduce una novità significativa che si fa espressione e testimonianza della necessità di un'estensione in senso soggettivo della disciplina di settore. Esso attribuisce agli Stati membri la facoltà di estendere l'ambito di applicazione della direttiva anche alle persone giuridiche o alle persone fisiche che non siano consumatori in senso stretto, richiamando espressamente le piccole e medie imprese. Il legislatore comunitario, quindi, apre la strada ad un'estensione che divenga funzionale a superare le asimmetrie che inevitabilmente si creano non solo nei confronti del soggetto consumatore, ma anche con riguardo ad altre categorie di soggetti che hanno una posizione di debolezza contrattuale.

Va inoltre segnalata la Proposta di regolamento europeo sulla vendita il cui testo, come si avrà modo di approfondire nel corso della trattazione, estendeva la disciplina di protezione anche ai rapporti tra soli

realizado las actividades descritas con un propósito relacionado con una actividad comercial o empresarial o con un oficio o profesión»

²⁵ G. CHINÉ, *Il consumatore*, in N. LIPARI, *Tratt. dir. priv. eur.*, I, II ed., Padova, 2003, p. 444; ID., *La nozione di consumatore nel diritto vivente*, in G. ALPA e G. CAPILLI (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, p. 897 s.; ID., *Sub art. 3*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, III ed., Milano, 2012, p. 17 ss.

professionisti²⁶. Nella stessa direzione si muove anche la recente direttiva relativa alla vendita di pacchetti turistici e di servizi turistici collegati²⁷. Essa, all'art. 3 definisce viaggiatore «chiunque intende concludere un contratto o è autorizzato a viaggiare in base ad un contratto concluso nell'ambito di applicazione della presente direttiva». L'originario testo dell'art. 3 contenuto nella Proposta della direttiva includeva nella nozione di viaggiatore anche i soggetti che agivano per scopi professionali e l'attuale formulazione fornisce uno strumento di tutela utilizzabile da «chiunque», sia esso una persona fisica o una persona giuridica, che contratti con un professionista specializzato nell'organizzazione di viaggi. In tal modo, il legislatore europeo ha chiaramente voluto fornire una piena tutela al soggetto debole in generale – nel caso specifico il viaggiatore – che, a causa della sua tendenziale inesperienza nel settore turistico, si trova in una posizione asimmetrica rispetto alla controparte professionale.

La definizione di consumatore è connotata da un ulteriore elemento, costituito dalla finalità dell'azione di consumo, che deve essere diretta, secondo la lettera del Codice, a soddisfare scopi estranei all'attività imprenditoriale, artigianale o commerciale eventualmente svolta. Al riguardo la giurisprudenza, tanto interna, quanto comunitaria, ha adottato un'interpretazione restrittiva che ai fini della qualificazione soggettiva di

²⁶ Si tratta della Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita dell' 11 ottobre 2011, COM (2011) 635 def. 2011/0284 (COD) ed emendata il 26 febbraio 2014 dalla risoluzione legislativa del Parlamento europeo. Per una puntuale analisi della proposta si richiama, G. D'AMICO, *La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita*, in L. MEZZASOMA, V. RIZZO e E. LLAMAS POMBO (a cura di), *La compravendita: realtà e prospettive*, Napoli, 2015, p. 69 ss.

²⁷ Direttiva 2015/2302/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004/CE e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 90/314/CEE del Consiglio, recentemente recepita nel nostro ordinamento giuridico per effetto del d.lg. 21 maggio 2018, n. 62.

«consumatore» fa assumere un ruolo decisivo al tipo di attività svolta dal contraente²⁸. Si potrebbe desumere che tale orientamento trovi il suo fondamento nella presunzione in base alla quale l'imprenditore, solo per essere tale, possiede le competenze, le conoscenze e l'esperienza sufficiente ad evitare di stipulare contratti squilibrati, non potendo, di conseguenza, pretendere dall'ordinamento la medesima tutela assegnata al consumatore. Tuttavia, se si fa riferimento alle piccole imprese, ai piccoli commercianti ed artigiani tale considerazione risulta scarsamente efficace a giustificare la linea interpretativa adottata dalla giurisprudenza. Appare eccessivo, se non addirittura una forzatura, ritenere il professionista escluso *a priori* dalla normativa di protezione. Significa non tenere in considerazione le ipotesi, non inconsuete, in cui l'imprenditore agisce al di fuori del proprio e specifico ambito di competenza. Ipotesi in cui lo stesso

²⁸ Cfr. Corte giust., 22 novembre 2001, C-541/99 e C-542/99, in *Foro it.*, 2001, IV, c. 501, in cui si esclude l'applicazione della normativa consumeristica nei confronti della persona fisica che compia un acquisto di beni allo scopo di intraprendere una futura attività professionale. A livello interno V. Cass., 23 settembre 2013, n. 21763, in *DeJure online*, ha stabilito che «[i]n tema di contratti del consumatore, ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela di cui al vecchio testo dell'art. 1469-bis c.c. (ora art. 33 del Codice del consumo, approvato con d.lg. 6 settembre 2005, n. 206), la qualifica di "consumatore" spetta solo alle persone fisiche e la stessa persona fisica che svolga attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice "consumatore" soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività». Si veda inoltre in questo senso Cass., 18 settembre 2013, n. 21419, *ivi*, per la quale, in tema di contratto di albergo, si applicherà la disciplina consumeristica «ove il cliente persona fisica lo abbia stipulato per soddisfare esigenze della vita quotidiana, estranee all'esercizio della propria eventuale attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale». Ed ancora Cass., 14 aprile 2000, n. 4843, in *Corr. giur.*, 2001, p. 524, con nota di R. CONTI, *Lo status di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione*; Cass. ord., 18 settembre 2006, n. 20175, in *DeJure on line*; Cass. 5 giugno 2007, n. 13083, in *Obbl. contr.*, 2008, I, p. 25 con nota di A. P. SCARSO, *Ancora sulla nozione (generale) di consumatore*; Cass. ord., 14 luglio 2011, n. 15531, in *De Jure*; Cass. 15 maggio 2013, n. 11773, in *DeJure on line*; Cass., 4 novembre 2013, n. 24731, in *DeJure on line*.

può non avere le competenze tecniche tali da consentirgli una razionale scelta contrattuale ed essere, quindi, esposto a quegli abusi che la normativa intende evitare²⁹. Alla luce delle considerazioni svolte, posto che l'esigenza di tutela può sorgere anche in rapporti contrattuali in cui il professionista, pur agendo per scopi attinenti alla professione, opera su un campo estraneo all'attività tipicamente svolta, ritengo si debba condividere la tesi dottrinale che sostiene che l'applicazione della disciplina di settore non possa essere esclusa *a priori*, ma vada applicata a tutti gli atti relativi all'attività svolta dal professionista che non rientrino nella sua specifica sfera professionale ove, in base alle circostanze del caso concreto, emerga una sua condizione di debolezza rispetto alla controparte contrattuale³⁰.

²⁹ Sul punto si veda la dettagliata analisi svolta da V. RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese e italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, p. 377 ss., che evidenzia come la giurisprudenza francese abbia rilevato che l'agire a titolo professionale non elimina la possibilità che il soggetto possa qualificarsi consumatore poiché questo può trovarsi comunque in posizione di debolezza rispetto alla controparte. P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 400 s. che sottolinea l'inadeguatezza di considerare il consumatore una figura astratta estraniata dal caso concreto. L. GATT, *1469 bis, comma 2. Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, IV-V, p. 832 s.; U. RUFFOLO, *Le clausole vessatorie, abusive, inique e la ricodificazione degli artt. 1469 bis-1469 sexies cc.*, in ID. (a cura di), *Clausole vessatorie e abusive*, Milano, 1997, p. 27; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1169; ID., *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato: i contraenti*, in *Giust. civ.*, 2005, p. 190 ss. Una diversa posizione è assunta da adotta una concezione più restrittiva E. LLAMAS POMBO, *La compraventa*, Madrid, 2014, p. 846, il quale pur sottolineando che «*cuando las adquisiciones realizadas por los profesionales no se relacionan con el trafico peculiar de su profesión, éstos podrían ser considerados como consumidores o usuarios*», precisa che «*si procedemos a una asimilación sistemática en este sector de la contratación de pequeños o medianos empresarios a la situación de consumidores corremos el riesgo de difurmar excesivamente la noción misma de consumidor*».

³⁰ In dottrina suggerisce l'estensione della qualifica di consumatore a chiunque concluda un contratto al di fuori dell'ambito in cui normalmente opera, V. RIZZO,

3. Esigenze di tutela del consumatore e nuovi profili del contratto.

Le moderne modalità di funzionamento del mercato hanno portato alla luce l'esigenza di tutelare soggetti che si trovano in posizione di debolezza e di garantire un equilibrio sostanziale tra le parti. Tale esigenza si riflette sul tradizionale modo di intendere il contratto³¹ che, riveste, in modo

Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese e italiana e nella prospettiva comunitaria, cit., p. 374; G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni generali e finali del codice del consumo: profili problematici*, in *Contr. imp. Europa*, 2006, p. 43 ss.; L. GATT, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista. Commentario al Capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 825; Di diverso avviso quella parte della dottrina che, facendosi fautrice dell'interpretazione in senso oggettivo, ritiene che la figura del consumatore dovrebbe essere accertata in base alla natura dell'atto, e non si dovrebbe avere riguardo alla qualifica assunta dalla parte all'atto della conclusione del contratto. In tal senso M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 13 ss.

³¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 361 ss. che sottolinea che occorre evitare una concezione monistica della categoria, in quanto se il contratto intende mantenersi aderente alla realtà, è necessario che sia in grado di «dar veste ad operazioni economiche aventi natura differenziata». G. ALPA e M. ANDENAS, *Fondamenti di diritto privato europeo*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2005, p. 317, ove si sottolinea che «in materia di contratti, ciò che connota l'evoluzione della elaborazione teorica, della disciplina normativa e delle prassi non è solo la creazione di nuove figure contrattuali relative alla circolazione di beni, all'offerta di servizi alla proposta di investimenti, e neppure soltanto la regolamentazione di nuove tecniche di contratto negoziale e di formazione del contratto, con riguardo specialmente all'impiego dei *mass media*, di visite domiciliari, di tecnologie informatiche e telematiche. Ciò che più stupisce è la sostanziale uniformità dei *trends* evolutivi nelle esperienze straniere di maggior riferimento, nei progetti di codificazione uniforme e nelle regole di commercio internazionale. Una uniformità che si risolve nel ripensamento della stessa categoria logica e patica di "contratto", e nel dissolvimento del modello tradizionale di contratto»; G. ALPA e R. DANOVÌ, *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e il processo civile. Materiali del seminario del 12 luglio 2002*, Milano, 2003, p. 9, in cui, in riferimento all'influenza dell'evoluzione delle strutture economico-sociali sulla materia contrattualistica, si sottolinea che «il mercato in questa nuova fase, è sempre più esposto agli effetti delle nuove tecnologie e al superamento dei

particolare oggi, un ruolo essenziale nelle dinamiche del mercato³², determinando un forte e penetrante «dialogo» tra autonomia negoziale ed ordinamento giuridico³³. In quest'ottica, risulta evidente il superamento di ogni impostazione che intenda l'autonomia negoziale come «dogma»³⁴, ovvero come esclusivo potere della volontà delle parti di regolare liberamente un rapporto giuridico, dovendo la stessa essere rapportata con i

confini nazionali; i testi normativi reggono all'urto, ma ovunque si pone il problema se sia opportuno o addirittura necessario procedere ad una loro revisione radicale (...). È in atto una revisione dei dogmi consegnati dalla tradizione, e l'urto – se così si può dire – delle nuove fonti (...) comprime i testi di codice e delle leggi speciali, e rendono illusorio ogni tentativo di sistematizzazione, dovendo le regole giuridiche – di qualsiasi rado – via via adattarsi ad un ritmo evolutivo sempre più accelerato».

³² In questa ottica vedi P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e diritto dei mercati*, in *Rass. dir. priv.*, 2011, p. 879, per il quale «il contratto è elemento ontologico del mercato e concorre alla sua regolamentazione; non è pensabile un mercato senza scambio e dunque senza contratto».

³³ E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 210, p. 5 ss., che evidenzia che «è ovvio che, per la sua particolare connotazione di fonte regolamentatrice dei rapporti economici ed intersoggettivi, la materia contrattualistica sia maggiormente sensibile all'evoluzione, costante, in atto, dovuta a molteplici fattori», sottolineando poi che «è proprio il diritto dei consumatori, c.d. *consumerism*, ad aver introdotto, nei singoli Stati membri, oltre a nuove fattispecie contrattuali, quali ad esempio, “la vendita a distanza” o il “pacchetto viaggi tutto compreso”, una serie di norme che si sono andate ad inserire nella disciplina generale del contratto» e che «la novità fondamentale, introdotta dal diritto privato europeo, è costituita dalla rilevanza assunta in materia contrattuale dallo *status* giuridico rivestito dai contraenti».

³⁴ In questo senso si esprime P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, p. 314 ss. ove è sottolineata la relatività e la determinatezza storica del concetto di autonomia privata. In particolare, con riguardo ai suoi elementi distintivi viene riconosciuto che «tradizionalmente» essa «si traduce innanzi tutto nelle libertà di negoziare, di scegliere il contraente, di determinare il contenuto del contratto o dell'atto, di scegliere, talvolta, la forma dell'atto stesso», ma si reputa, poi, «necessario verificare se tali libertà trovino riscontro effettivo nella teoria degli atti, per la fisionomia che questa assume in base ai principi generali dell'ordinamento. È da tali principi che si desume la valutazione di meritevolezza dell'autonomia negoziale: essa pertanto, non è un valore in sé».

valori e con i principi che si pongono a fondamento del nostro ordinamento giuridico e di conseguenza, con quelle esigenze di tutela portate alla luce dall'evoluzione del mercato e nello specifico dal proliferare della contrattazione di massa. Infatti, se da un lato, è vero che, la dottrina maggioritaria ha enucleato, nell'art. 41 della Costituzione, oltre al principio che legittima la libertà di iniziativa economica privata, anche il principio che giustifica la libertà di autonomia contrattuale, dall'altro lato, occorre precisare che, riconoscere una tutela costituzionale all'autonomia contrattuale, non significa negare al legislatore la possibilità di intervenire, limitandola per perseguire interessi superiori³⁵. Lo stesso art. 41, comma 2, cost. prescrive che l'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana» e al comma 3 specifica «La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». Va ritenuta, quindi, superata l'idea dell'autonomia negoziale come potere assoluto della volontà delle parti di regolare liberamente un rapporto giuridico: l'emersione di nuovi valori ha inciso direttamente sul rapporto tra potere negoziale e controlli di meritevolezza e liceità, che svolgono una funzione conformativa della stessa autonomia privata, divenendo non più concepibili, quindi, come limiti esterni. Inoltre, nell'ordinamento vi sono una pluralità di fonti che limitano l'autonomia negoziale, in conformità dello stesso art. 41 della Costituzione³⁶, fonti «eteronome» che promanano

³⁵ Sul punto P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA e S. POLIDORI, *Scritti in onore di Vito Rizzo, persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Napoli, 2017, p. 1635 ss.

³⁶ Al riguardo P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 289 ss. L'A. a p. 291 specifica «Anche l'autonomia, esercitata *iure privatorum*, è sintesi di valori scelti e di valori imposti, è auto ed etero-regolamentazione. Nell'essere attuativa e creativa contribuisce ad alimentare l'ordinamento, traendo ad un tempo da esso la fonte primaria della propria legittimazione, che pur esige

non solo dal legislatore nazionale, ma anche dalla contrattazione collettiva o dalle autorità indipendenti, le quali esercitano un potere normativo la cui legittimità costituzionale trova fondamento nel principio di sussidiarietà³⁷. La presenza di tali complessi normativi, adottati specialmente in materia di contratti del consumatore, dimostra quindi che l'autonomia negoziale viene modulata da fonti esterne alle parti allo scopo di realizzare finalità di protezione³⁸: rinunciare a comprimere l'autonomia negoziale, che si concretizza nella creazione di ampi spazi di libertà lasciata ai singoli individui nel determinare il contenuto dei propri atti, significherebbe agevolare l'approffittamento di un contraente nei confronti dell'altro, a pregiudizio della *ratio* sottesa all'emanazione di norme di protezione. Si assiste, così, alla predisposizione di discipline che conducono ad una reinterpretazione degli istituti e delle clausole generali contenute nel codice civile, al fine di consentire un adeguamento del diritto positivo ai nuovi valori ed interessi. Al riguardo, si è parlato di «etero-determinazione» del regolamento contrattuale³⁹ e dell'introduzione nel sistema di «nuovi

e giustifica un riscontro sulla effettiva armonizzazione tra i valori liberamente scelti, le regole liberamente stabilite e i valori preminenti e talvolta inderogabili indicati nel quadro di riferimento costituzionale».

³⁷ N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia privata (Spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p.733 ss.

³⁸ In proposito G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 23, secondo cui con la disciplina consumeristica si ha «non negazione dell'autonomia contrattuale, quindi, ma correzione o anche integrazione, proprio a tutela del suo essenziale, immancabile fondamento: la parità di posizioni».

³⁹ In questi termini v. G. ALPA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006, p. 172 s.; P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e Costituzione europea*, in G. VETTORI, *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova, 2005, p. 146, secondo il quale va riconosciuto che «l'autonomia negoziale o contrattuale ha un suo fondamento non in concetti astratti, ma in valori e principi costituzionali presenti nell'ordinamento e, dunque, operanti in quel negozio. Né si può ancora insistere nel configurare un'autonomia negoziale quale mera autoregolamentazione, preso atto che codesta non è mai realizzata, neppure nelle epoche di maggior liberismo. L'autonomia

profili» del contratto⁴⁰ che contraddistinguono un nuovo «paradigma», sul quale continua è l'opera di specificazione dei contenuti e d'interpretazione realizzata sia a livello interno, che comunitario⁴¹. Emerge, in modo particolare, la prescrizione di vincoli formali i quali, descritti come una manifestazione del c.d. «neoformalismo»⁴², si traducono nell'obbligo per il

negoziale è sempre sintesi di autoregolamentazione ed eteroregolamentazione, a suggello di una sua meritevolezza immanente non in astratto, ma in relazione a valori e principi presenti in un ordinamento sociale di diritto». Ed in questa prospettiva si ritiene debbano essere interpretate anche alcune disposizioni presenti nel Codice Civile (in particolare l'art 1339 c.c., che prevede l'inserzione automatica di clausole nei contratti; l'art 1419 comma 2, c.c., il quale stabilisce che la nullità di una clausola non importa la nullità del contratto se la clausola invalida può essere sostituita automaticamente; e gli artt. 2932 e 2597 c.c., che stabiliscono specifici obblighi legali a contrarre), le quali appaiono «armonizzabili con i principi costituzionali: esse non sono lo strumento per attuare una maggior produttività, favorendo lo sfruttamento di alcuni a favore di altri, ma possono servire a superare la disegualianza di fatto, a creare i presupposti per una parità di trattamento (artt. 3, comma 2, e 41, commi 2 e 3, Cost.)»; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 334 ss.

⁴⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 364 ss. V. anche V. SCALISI, *Invalità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 209, il quale sottolinea il «mutato senso» della normativa di derivazione comunitaria che, specialmente nell'ambito dell'invalidità, intende «soprattutto porsi in funzione di gestione e controllo, di governo appunto, dell'agire autonomo dei privati, in una prospettiva che vuol essere, oltre valutativa, conformativa e modellatrice ad un tempo».

⁴¹ V. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.

⁴² Per un'analisi del fenomeno della «rinascita» del formalismo v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 333 e p. 427 s., il quale mette in luce che «la prospettiva funzionale, che tenga conto dell'interesse nella sua accezione assiologico-costituzionale, incide sull'interpretazione sia della normativa legale sia del regolamento negoziale sulla forma. Ne è confermata la constatata rinascita del formalismo nella legislazione speciale che privilegia le vicende del rapporto, inasprendo e solennizzando il regime degli atti unilaterali. La garanzia della parte e la certezza della vicenda – che rappresentano l'interesse prevalente – sono conseguite mediante le tecniche del formalismo. L'utilizzazione della forma legale risponde ad una politica del diritto che, tanto nelle vicende costitutive quanto in quelle modificative, regolamentari o estintive del rapporto,

professionista di fornire al consumatore ogni informazione per iscritto, specialmente quella relativa alla possibilità per lo stesso di recedere dal contratto. Altre disposizioni stabiliscono, poi, l'obbligo di redigere il contratto osservando un contenuto «minimo» e per iscritto a pena di nullità. In questo modo, il requisito formale si configura non solo come requisito di validità del contratto, ma anche quale strumento di protezione e di garanzia, mediante il quale si vuole assicurare che la parte debole del rapporto raggiunga un ragionevole grado di «consapevolezza» circa i diritti e doveri ad essa spettanti, in conseguenza dell'operazione economica che sta compiendo⁴³. Anche il brocardo codicistico secondo cui il contratto «ha forza di legge tra le parti», di cui all'art. 1372 del Codice Civile, risulta, in quest'ottica, profondamente mutato. La possibilità di esercitare il diritto di recesso viene attribuita esclusivamente al consumatore il quale può unilateralmente, nei termini e nei modi previsti dalla legge, sciogliere il vincolo contrattuale, senza che sia tenuto a specificare il motivo della sua

tende a garantire, tutelare e promuovere gli interessi maggiormente meritevoli specie se rispondenti alle esigenze di soggetti che nell'ambito del sistema hanno uno statuto di favore e verso i quali si giustifica ancor più l'attenzione del legislatore ordinario. Sì che della forma non basta asserire l'esistenza o l'inesistenza ma è necessario anche chiedersi a che serve».

⁴³ La predisposizione da parte del legislatore di forme che mirano a proteggere il contraente debole viene analizzata da P. PERLINGIERI, *Forme dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 35 ss. In questa prospettiva v. anche F. RIZZO, *Riflessioni sulla forma del negozio*, in *Scritti di diritto civile*, Napoli, 2008, p. 31, per il quale nei contratti del consumatore la forma diventa «strumento e veicolo di informazione e di trasparenza; al carattere di protezione si aggiunge anche quello pedagogico diretto a rendere più edotto il contraente ritenuto più debole [...] la forma è dunque volta a consentire di concludere il contratto in maniera consapevole, ma anche a consentirne la c.d. buona esecuzione: il carattere non effimero delle informazioni fornisce la possibilità al consumatore di controllare se quanto promesso tramite l'apparato informativo corrisponde a quanto divisato nel contratto ovvero eseguito in forza di questo, potendo agire contro il professionista che faccia sottoscrivere contratti differenti da quelli pubblicizzati».

decisione e senza che lo stesso sia tenuto al pagamento di alcuna penalità⁴⁴. Ciò a garanzia dell'efficacia ed effettività dell'esercizio dello *ius poenitendi*, che attribuisce alla volontà contrattuale un nuovo volto. Inoltre, si è tentato di porre rimedio alle situazioni di disequilibrio introducendo, come si avrà modo di approfondire nel corso della trattazione, una forma di controllo del regolamento contrattuale, che non si arresta al profilo formale, bensì più penetrante ed incisiva, quella contenutistica. Cambia, inoltre, il modo di intendere l'invalidità e, in modo particolare, la nullità, la quale diviene funzionale a garantire il rispetto dei richiamati vincoli formali e sostanziali e per questo viene definita di «protezione», presentando, rispetto alla tradizionale disciplina codicistica dell'istituto, rilevanti divergenze che si giustificano nell'esigenza di tutelare, specificamente, un interesse di natura individuale corrispondente a quello della parte debole del rapporto. A tal fine, la nullità perde la sua esclusiva essenza di strumento «demolitorio» per divenire, invece, un meccanismo che, a seconda delle circostanze, può soddisfare esigenze di riequilibrio del rapporto e di conservazione degli effetti⁴⁵, ponendosi, dunque, a presidio della giustizia del regolamento contrattuale. Quanto esposto emerge in maniera evidente dall'analisi della normativa preposta alla tutela del

⁴⁴ Su tale profilo Corte di Giustizia 15 aprile 2010, c. 511/08, *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen Ev*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, p. 617, ove si chiarisce che una normativa nazionale che subordina il diritto di recesso di un consumatore nei contratti a distanza al rimborso alle spese di spedizione del bene affrontate dal professionista (nel caso di specie il riferimento è agli artt. 346, 347, 355, 356, 357 e 448 del BGB) contrasta con l'art. 6 della direttiva n. 7 del 1997 la quale pone a carico del primo unicamente le spese dirette di spedizione dei beni al mittente.

⁴⁵ V. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 351 s., per il quale «i rimedi devono essere adeguati agli interessi, sì che la prevalenza della nullità parziale, quale espressione della prevalenza del principio di conservazione degli effetti, è condivisibile ogni qualvolta è bene (per l'ordinamento) che il contraente (debole) raggiunga il risultato, almeno in parte». Da ciò si può ricavare che è l'interesse tutelato dalla concreta fattispecie ad assumere rilevanza.

consumatore a fronte dell'inserimento nel contratto, unilateralmente predisposto dal professionista, di clausole vessatorie, di cui agli art. 33 ss. del Codice del consumo. Caratteristica fondamentale della nullità che sanziona la vessatorietà delle clausole è, infatti, la parzialità del rimedio, venendo caducate esclusivamente quelle clausole contrattuali che risultano pregiudizievoli per i consumatori, restando il contratto «valido per il resto» (art. 36, comma 1, c. cons.)⁴⁶. Risulta evidente la «modulazione» della tradizionale categoria della nullità, una «modulazione» funzionale a consentire il perseguimento di quelle finalità di protezione che permeano la disciplina consumeristica. Infatti, la sanzione della nullità dell'intero contratto per la presenza di una o più clausole vessatorie, si porrebbe in aperto contrasto con la *ratio* della normativa, ponendo il consumatore «nell'indisponibilità del bene della vita oggetto del contratto»⁴⁷ e ciò ha trovato conferma anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea. Quest'ultima, riferendosi specificamente alla direttiva 93/13/CEE, ha sottolineato la centralità del principio di conservazione del contratto, affermando che «la finalità perseguita dal legislatore dell'Unione attraverso la direttiva 93/13/CEE consiste infatti non nell'annullamento di qualsiasi contratto contenente clausole abusive, bensì nel ripristinare l'equilibrio tra le parti, salvaguardando al contempo, in linea di principio, la validità del contratto nel suo complesso»⁴⁸. La stessa Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sui diritti dei consumatori dell'8

⁴⁶ Con riferimento all'ordinamento giuridico spagnolo V. P. MARTÍNEZ ESPÍN, *¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?*, in *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 9/2014, p. 76 ss., spec. pp. 81-82, in cui l'autore analizza le novità introdotte con la legge 24 marzo 2014, n. 3 in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori, anche con riferimento alla sanzione della nullità.

⁴⁷ Al riguardo, A. PALAZZO e A. SASSI, *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 209.

⁴⁸ Cfr. Corte Giust., 30 maggio 2013, c. 397-11, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 3.

ottobre 2008⁴⁹, nel predisporre una disciplina unica per gli aspetti comuni alle varie normative in materia di tutela del consumatore, con riferimento specifico alla disciplina delle clausole vessatorie ha previsto all'art. 37 (rubricato «Effetti delle clausole contrattuali abusive») che «le clausole contrattuali abusive non sono vincolanti per il consumatore» e che «il contratto continua ad essere vincolante per le parti se può rimanere in vigore senza le clausole abusive», confermando quanto in precedenza esposto. Anche sotto il profilo della legittimazione ad agire emerge il venir meno del tradizionale carattere dell'assolutezza della nullità, la quale si connota per la sua relatività. L'azione volta alla declaratoria di nullità, che va ricondotta nell'alveo delle c.dd. «nullità di protezione», può essere, infatti, esperita esclusivamente dal consumatore e la sua rilevabilità d'ufficio viene ammessa solo nelle ipotesi in cui essa operi a vantaggio dello stesso (art. 36, comma 3, c. cons.)⁵⁰. Viene, così, risolta positivamente la problematica inerente la compatibilità o meno tra il riconoscimento di una legittimazione ristretta all'esercizio dell'azione e la possibilità per il giudice di rilevare la nullità del contratto. Ed in proposito vi è chi ha affermato che, se si privasse il giudice di tale possibilità ci si esporrebbe al rischio di far confondere nullità relativa ed annullabilità⁵¹; possibilità che, in ogni caso, deve sempre intendersi limitata alle sole ipotesi in cui la parte legittimata ad agire resti inerte e l'intervento del giudice corrisponda ad un interesse del consumatore⁵². Si evince, quindi,

⁴⁹ COM (2008), 614 def. Tale Proposta è il risultato del processo di revisione dell'*aquis* relativo ai consumatori avviato nel 2004.

⁵⁰ Sul punto v. A. ORESTANO, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 1184.

⁵¹ Così espressamente, A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 63 ss.

⁵² S. POLIDORI, *Nullità relativa e limiti di disponibilità mediante convalida della tutela apprestata in favore del consumatore dal codice di settore*, Napoli, 2008, p. 215, nota 10, per il quale «la rilevabilità d'ufficio della nullità relativa non implica l'arbitraria sovrapposizione della valutazione del giudice a quella,

che la sanzione risulta essere indirizzata, non a tutela di un interesse generale, ma a favore di una sola delle parti del contratto, secondo un modello di nullità, quindi, distinto da quello tradizionale disciplinato dagli artt. 1418 ss. c.c. Quanto esposto rende evidente la necessità, avvertita tanto dal legislatore italiano, quanto da quello comunitario, di assicurare alle parti contraenti una condizione di parità non meramente formale e di garantire che ogni regolamento contrattuale sia il risultato di un adeguato equilibrio tra libertà ed equità dello scambio. Ciò, come evidenziato, conduce ad un «ripensamento» e ad una «rimodulazione» degli strumenti e dei rimedi tipici dell'impianto codicistico e alla predisposizione di peculiari mezzi di tutela volti ad assicurare un controllo che non si limiti agli aspetti formali, ma che riguardi il contenuto contrattuale. Tale valutazione va considerata, oramai, «coessenziale all'autonomia negoziale che altrimenti non supererebbe il giudizio di meritevolezza in virtù dei principi costituzionali e comunitari»⁵³: il controllo sull'equilibrio dello scambio diviene cioè espressione e strumento di attuazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento. In tale prospettiva, le decisioni della Corte Costituzionale in materia di autonomia privata hanno precisato che «l'intervento del legislatore che determina una limitazione del potere di autonomia dei privati deve trovare la sua giustificazione nella necessità di tutelare un contrastante interesse, costituzionalmente rilevante; che nel valutare l'intervento si dovrà tener conto del fatto che tra gli interessi costituzionalmente rilevanti esiste una gradazione: così ad esempio, la

consapevolmente difforme, compiuta dal soggetto legittimato, ma è prevista in funzione di una migliore protezione dell'interesse del contraente che, per avventura, possa non essersi avveduto della possibilità di azionare lo strumento rimediabile. L'ampliamento dei poteri del giudicante consente così di ovviare a uno stato di debolezza che dal terreno sostanziale possa essersi proiettato su quello processuale, ove non sempre la parte debole può permettersi una difesa tecnica all'altezza della situazione».

⁵³ Così F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 258.

tutela della persona è più intensa di quella accordata alla proprietà o all'impresa; che in ogni caso la legittimità dell'intervento va valutata alla stregua dei principi ragionevolezza e proporzionalità del limite imposto, rispetto alla sua effettiva necessità per la realizzazione dell'interesse costituzionalmente prevalente»⁵⁴.

Quanto esposto trova conferma in quanto già affermato nella Relazione al Codice Civile ove viene chiarito che «l'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno; non fa del contratto un docile strumento della volontà privata; ma se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad esso di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa»⁵⁵. Inoltre, come è stato autorevolmente rilevato, la «libertà non è tale soltanto quando è arbitraria, indiscriminata e senza limiti, ciò che si può tradurre nell'eliminazione dei diritti, degli interessi e dei valori degli altri. La libertà, in un ordinamento sociale e solidaristico, deve essere regolata, conformata ai valori di fondo ai quali l'ordinamento si ispira»⁵⁶. E così, una «compressione» dell'autonomia negoziale, si rende necessaria per arginare quelle situazioni di «abuso della libertà contrattuale», che costituisce una declinazione della più ampia figura dell'abuso del diritto, il quale in un'ottica di tutela della personalità umana, si deve estendere a tutte quelle ipotesi in cui possano risultare compromesse diverse situazioni giuridiche in cui la stessa si esprime. Alla luce di ciò, si può considerare il divieto dell'abuso del diritto quale principio generale del nostro ordinamento, proprio perché volto ad evitare che subisca un pregiudizio un valore cardine dell'ordinamento

⁵⁴ C. Cost., 22 maggio 2013, n. 94, in *DeJure on line*.

⁵⁵ V. Relazione al Re n. 8, in G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER e G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, Milano, 1939, p. 157.

⁵⁶ Così P. PERLINGIERI, *Relazioni di sintesi*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Atti del convegno di studi di San Marino 17-18 novembre 2000, Napoli, 2002, p. 165 ss.

giuridico stesso, configurandosi ogni qual volta una situazione giuridica soggettiva viene esercitata in modo tale da non trovare giustificazione nell'interesse tutelato dalla situazione stessa e creando uno sproporzione tra il vantaggio conseguito da chi lo pone in essere e il danno di chi lo riceve⁵⁷. Per compiere tale valutazione fungono da parametri essenziali i principi e valori fondamentali del nostro ordinamento, come, espressamente può desumersi dall'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che regola il «divieto dell'abuso del diritto», escludendo la possibilità che le disposizioni in essa contenute possano essere interpretate «nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti e libertà riconosciuti nella presente Carta o ad imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla seguente Carta». Risulta evidente che tale previsione impone all'interprete un riferimento alle finalità perseguite dall'ordinamento comunitario, ovvero alla necessità di assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali della persona, secondo un assetto assiologico che riconosce preminenza ai valori esistenziali rispetto a quelli patrimoniali⁵⁸. Rilevante, dunque, risulta essere la valutazione del «comportamento concreto», che, se non appare giustificato dall'interesse che si pone a fondamento del rapporto giuridico, del quale fa parte la situazione, dà luogo ad un «abuso»⁵⁹. Al fine di valutare i limiti entro cui inquadrare l'abuso del diritto, utili parametri

⁵⁷ P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Camerino-Napoli, 1971, p. 196.

⁵⁸ In proposito S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 53 s., per il quale «l'abuso del diritto, l'idea di mercato regolato ed il primato della concorrenza, il richiamo alla protezione del consumatore costituiscono le nuove formule magiche di rango costituzionale europeo, che si sovrappongono a quelle della nostra tradizione costituzionale: la funzione sociale, l'utilità sociale ecc.».

⁵⁹ Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 644.

risultano essere le clausole generali, tra le quali spicca il ruolo della buona fede, intesa come criterio fondamentale in base al quale verificare la «congruità» dello scambio. Tale clausola opera in stretta connessione con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 del Codice Civile; una connessione che si traduce nell'esigenza di assicurare che ogni titolare di situazioni giuridiche soggettive coinvolte in un rapporto obbligatorio agisca in modo da preservare gli interessi della propria controparte e ciò a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, poiché il riferimento alla solidarietà impone di considerare affievolito «ogni dato egoistico» e «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo al creditore»⁶⁰. Trovano, così, giustificazione gli interventi del giudice sul contenuto contrattuale che dovranno essere intesi, non come interventi di carattere eccezionale, bensì come espressione del normale controllo che l'ordinamento svolge sugli atti di autonomia privata, nonché parte di «un nuovo ordine giuridico del mercato»⁶¹. E infatti, il giudice è tenuto ad effettuare un bilanciamento tra il valore costituzionale dell'iniziativa economica privata, di cui all'art. 41 cost. e il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 cost., che deve contraddistinguere i rapporti intersoggettivi, nella

⁶⁰ V. la Relazione al Re n. 15, in G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER e G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni, cit.*, p. 48. In proposito v. P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 375: «la solidarietà [...] non è una delle tante clausole generali dell'ordinamento, ma un principio normativo contenuto nell'art. 2 della Costituzione, fondamento delle clausole generali delle quali si discute: tanto della trasparenza, tanto della buona fede, tanto della correttezza. Ciò è coerente in un sistema che vuole la cooperazione non solo ai fini esclusivamente produttivistici: una cooperazione tra contraenti, tra creditore e debitore, aspirata ad un principio di solidarietà non soltanto economica, ma politica e sociale».

⁶¹ In tal senso, E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti con i consumatori*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 383.

consapevolezza che quest'ultimo «in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, acquista una *vis* normativa e si arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle cose della controparte»⁶². La buona fede rappresenta, dunque, lo strumento privilegiato mediante il quale possono trovare espressione i principi affermati dal legislatore nazionale e comunitario, nel rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori costituzionalmente garantiti⁶³; con essa si realizza un ampliamento dei diritti e degli obblighi attribuiti alle parti, le quali risultano titolari di situazioni soggettive che vanno individuate tenendo conto della complessità dell'ordinamento e degli interessi ritenuti meritevoli di tutela in questo contesto⁶⁴. Anche nel giudizio di vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori autorevole dottrina ha messo in luce «l'inscindibile legame» tra il «significativo squilibrio» e la «buona fede»

⁶² V. F. MAZZASETTE, *Il codice del consumo tra diritto interno e diritto europeo*, Napoli, 2012, p. 54.

⁶³ Su questa configurazione P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 33 e p. 183.

⁶⁴ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2008, ove, nel sottolineare l'importanza della giurisprudenza al fine di garantire l'attuazione degli interessi protetti dall'ordinamento, si evidenzia la raggiunta «consapevolezza dei giudici di operare in un sistema ordinamentale che, pur essendo di *civil law*, e, quindi, non basato su soli principi generali come avviene nei paesi di *common law*, caratterizzati dal vincolo che una determinata pronuncia giurisprudenziale assume per le decisioni successive, si configura come semi-aperto poiché fondata non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline, ma anche su clausole generali, e cioè su indicazioni di “valori” ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità della persona) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di attualizzare il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi».

(art. 33, comma 1, c. cons.)⁶⁵ in una prospettiva che supera il dibattito che si è sviluppato intorno alla dubbia espressione «malgrado la buona fede». Va segnalato, tuttavia, che recentemente gli organi comunitari hanno rettificato la versione italiana dell'art. 3, comma 1, della direttiva 93/13/CEE⁶⁶, ritenendo che la stessa, in tal punto, fosse stata tradotta in maniera impropria. Così, in sostituzione dell'inciso «malgrado la buona fede» è stata inserita la formula «in contrasto con il requisito della buona fede»⁶⁷. La rettifica sembra ribadire che nell'area dei contratti di massa anche la buona fede deve uscire da condizionamenti legati alla logica dell'accordo come libero incontro dei voleri individuali. Questo poiché la logica è quella del contratto per adesione, dove la parte debole deve poter contare sulla rispondenza delle condotte a canoni prevedibili e riconoscibili, che valgano a proteggerlo da un eccesso d'asimmetria. A tal proposito, *ante* modifica, si osservava che quella che veniva considerata nella formulazione dell'art 1469 *bis* c.c. «una clamorosa svista... un

⁶⁵ V. RIZZO, *Sub art. 33 comma 1, c. cons.*, in E. CESÀRO (a cura di), *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206)*, cit., p. 41 ss.

⁶⁶ V. GUCE, L 137/13 del 4 giugno 2015.

⁶⁷ Al riguardo è stato osservato che «La rettifica toglie dunque credibilità a qualsiasi concezione soggettiva della buona fede consumeristica ed accredita invece, quale unica lettura possibile, quella che l'equipara a lealtà e correttezza, al *Treu und Glauben*. Allargando lo sguardo, la rettifica riporta al centro della scena una responsabilità sociale dell'impresa predisponente come autorità privata di fatto, e respinge quella prospettiva individualistica e quasi psicologica che faceva leva sull'ignoranza di vessare o su altri stati interiori che mal si conciliano con la meccanicità della contrattazione standard. In un quadro spersonalizzato, dove tutto è rimesso a formulari precompilati o ad assetti materiali che rendono automatica la formazione dell'accordo, è fuori tema la ricerca di moventi o colpe individuali. D'altro canto anche chi negava l'errore linguistico e propendeva per la deliberata scelta attuativa del legislatore italiano, giungeva a conclusioni soggettiviste proprio per escludere che la buona fede soggettiva del predisponente rilevasse ai fini del controllo di vessatorietà» Cfr. E. FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 541 ss.

imperdonabile abbaglio... un grave errore del traduttore italiano cui si doveva rimediare soprattutto alla luce delle più corrette versioni, francese, tedesca ed inglese»⁶⁸, risultava, invece, nelle disposizioni del Codice del Consumo una scelta consapevole, che con riguardo al problema della natura da attribuire alla buona fede, sembrava propendere per una sua accezione soggettiva piuttosto che oggettiva⁶⁹. In tal modo si attribuiva al

⁶⁸ V. RIZZO, *op. ult. cit.*, p. 16 ss. e spec. p. 19 s., il quale in particolare si sofferma sulle soluzioni prospettate nelle varie proposte legislative.

⁶⁹ Varie sono state, sotto la vigenza dell'art. 1469 *bis* c.c. le opzioni interpretative elaborate dalla dottrina con riferimento all'inciso «malgrado la buona fede». Da un lato vi era chi attribuiva a detta espressione una valenza soggettiva cfr. V. RIZZO, *Il significativo squilibrio «malgrado» la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469 bis c.c.: un collegamento «ambiguo» da chiarire*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 497 ss. e ID, *Sub art. 33, comma 1, c. cons.*, in E. CESÀRO (a cura di), *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206)*, cit., p. 25, specificando, al tempo stesso, una non totale esclusione della valenza dell'accezione oggettiva della buona fede, posto che il «significativo squilibrio» comporta sempre una violazione del principio di correttezza. ID., *Il significativo squilibrio «malgrado» la buona fede nei contratti del consumatore*, in G. ALPA e M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale, I, Giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999, p. 521 s. ove si evidenzia che la sanzione colpisce la clausola « in presenza di un “significativo squilibrio” necessariamente contrario alla “buona fede oggettiva” (...) anche in quelle ipotesi in cui il professionista si trovi in uno stato soggettivo di buona fede». Dall'altro vi era chi riteneva di doverla interpretare in senso oggettivo cfr. G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 159. Anche il Consiglio di Stato propendeva per la tesi della buona fede oggettiva cfr. Cons. Stato, sez. atti normativi, 20.12.2004, n. 11602, in *Foro it.*, 2005, III, c. 348 ss., parere disatteso dal legislatore nel testo definitivo dell'art. 33 c. cons. Nella Relazione n. 6 di accompagnamento al decreto si afferma che «il testo attuale offre un maggiore livello di tutela al consumatore, permettendo di qualificare come abusive clausole contrattuali che determinano un significativo squilibrio tra le prestazioni, in danno del consumatore, nonostante la buona fede soggettiva dell'altro contraente, senza richiedere l'accertamento ulteriore della violazione delle regole della buona fede». Così, il parere del Consiglio di Stato nei lavori preparatori del nuovo codice di settore era stato respinto. Di diverso avviso è E. FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 541

contraente debole una più ampia tutela. Si osservava infatti, che «la vessatorietà sussiste non soltanto quando il professionista è in mala fede, ma anche nelle ipotesi in cui è in buona fede, trovandosi dunque in uno stato di ignoranza circa la vessatorietà delle clausole e la lesione dei diritti del consumatore»⁷⁰. Al tempo stesso, per non tradire l'ispirazione sottesa al dettato comunitario si sottolineò anche che «proprio il “significativo squilibrio”, richiesto dalla norma ai fini del giudizio di vessatorietà della clausola, è da intendere come forma di concretizzazione contenutistica e dunque come forma speciale e assertiva del principio di buona fede e correttezza nella sua accezione oggettiva»⁷¹.

Emerge, dunque, il ruolo essenziale svolto, in questo contesto, da tale clausola generale che amplia la propria funzione: oltre ad essere criterio di valutazione del comportamento abusivo, diviene al tempo stesso strumento di controllo del regolamento contrattuale, nella prospettiva del conseguimento della c.d. «giustizia dello scambio». E di conseguenza tale clausola generale può divenire strumento per consentire l'ingresso nei rapporti contrattuali dei valori della persona, consentendo un equo

ss., il quale riferendosi alla spaccatura dottrinale tra oggettivisti e soggettivisti, ritiene che nessuna delle due tesi riesca, in concreto, a «dar forza reale» all'art. 33 c. cons., dato che «poco o nulla la buona fede ha a che vedere con un controllo “a tavolino” sul contenuto delle condizioni generali», definendo tale clausola, tanto nella sua accezione soggettiva, quanto in quella oggettiva «una superfluità “interna” o “sotto-superfluità”». Di conseguenza, l'A. ritiene «inessenziale» la recente rettifica della versione italiana dell'art. 3, comma 1, della direttiva 93/13/CEE, in *Gazz. uff. Un. eur.*, L 137/13 del 4 giugno 2015, p. 13, che inserisce la formula «in contrasto con il requisito della buona fede», in sostituzione dell'inciso «malgrado la buona fede».

⁷⁰ V. RIZZO, *Sub art. 33, comma 1, c. cons.*, in E. CESÀRO (a cura di), *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206)*, cit., p. 25.

⁷¹ Cfr. V. RIZZO, *Il significativo squilibrio «malgrado» la buona fede nei contratti del consumatore*, cit., p. 511 s. V. anche D. ACHILLE e S. CHERTI, *Le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 101 ss.

contemperamento degli interessi in gioco – libertà contrattuale da un lato e tutela del contraente debole dall'altro⁷².

Al di là del discusso richiamo alla buona fede, deve evidenziarsi che nel nostro ordinamento, sono stati offerti all'interprete altri strumenti per il giudizio di vessatorietà che devono coordinarsi con la stessa. Si fa riferimento, al «significativo squilibrio» richiamato nella clausola generale di cui all'art. 33 c. cons., che è evidentemente rivolto a contrastare la «supremazia» del professionista e quella gestione unilaterale del contratto che spesso conducono a regolamentazioni non equilibrate; alla predisposizione di elenchi di clausole, alcune vessatorie fino a prova contraria (c.d. «lista grigia», art. 33, comma 2, c. cons.)⁷³, altre sempre considerate tali (c.d. «lista nera» art. 36, comma 2, c. cons.)⁷⁴. Va, inoltre, rilevata la centralità e la rilevanza assunta dal principio di trasparenza che interessa l'intera vicenda contrattuale e che rappresenta un «necessario completamento» della clausola generale e, a volte, ne supera l'operatività⁷⁵. Ciò trova conferma dalla lettura combinata degli artt. 34,

⁷² L. BALDINELLI, *L'evoluzione interpretativa della buona fede*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 605 ss.

⁷³ La norma stabilisce una presunzione relativa disponendo che «Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di (...)» proseguendo con un'elencazione non tassativa di una serie di clausole da ritenersi vessatorie fino a prova contraria.

⁷⁴ Il secondo comma, nel prevedere una presunzione assoluta di vessatorietà, così dispone «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».

⁷⁵ V. RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore (la novella al Codice civile)*, Napoli, 2002, p. 106 ss; ID., *Itinerario e nuove vicende della trasparenza*

comma 2, e 35 c. cons. Quest'ultimo sanziona la violazione del principio di trasparenza imponendo «l'interpretazione più favorevole al consumatore», da intendersi non necessariamente nel senso della vessatorietà della clausola, potendo coincidere con un significato che, in relazione alle circostanze concrete in presenza delle quali è stato concluso il contratto, salva la clausola⁷⁶. Il secondo comma dell'art. 34, c. cons., invece, prevede, in caso di violazione del susposto principio, un ampliamento del giudizio di vessatorietà a clausole, normalmente, escluse dallo stesso, in quanto attinenti al profilo economico del contratto. Quanto esposto dimostra, a mio avviso, che, le problematiche inerenti all'equilibrio contrattuale e alle sue deviazioni che sfociano in un abuso, pur non potendo prescindere dal ruolo fondamentale della buona fede, quale criterio essenziale per la valutazione del comportamento dei contraenti, richiedono l'individuazione di un ulteriore canone sul quale fondare il controllo contenutistico e giustificare l'intervento correttivo finalizzato a garantire la correttezza del regolamento contrattuale. A tal proposito, inevitabile appare il richiamo alla decisione del 2009 della Corte di Cassazione, nella quale per quanto la buona fede venga considerata quale fondamentale «strumento per il giudice atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi», chiarisce che tale clausola generale «in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione»⁷⁷. In tale prospettiva, viene richiamata l'operatività del principio di proporzionalità, che può trovare applicazione non solo nei rapporti «verticali» tra istituzioni comunitarie e privati, imponendo che gli atti delle prime non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa, ma

(con particolare riguardo ai contratti del consumatore), in *Corti ombre*, 1/2016, p. 86 ss.

⁷⁶V. RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore*, cit., p. 120.

⁷⁷ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *DeJure on line*.

può essere esteso anche all'autonomia negoziale, nel senso che, anche le regole contrattuali devono essere adeguate alla realizzazione degli interessi perseguiti dalle parti⁷⁸. Si può, quindi, affermare che, il principio di proporzionalità consente di superare il dogma dell'intangibilità dell'autonomia negoziale - divenendo strumento di controllo della stessa - e può essere considerato l'«essenza pragmatica dell'equità»⁷⁹, la quale operando per mezzo del principio di proporzionalità svolge, tanto nell'ambito dei contratti dei consumatori, quanto in quello dei contratti d'impresa, funzione sanzionatoria⁸⁰, agendo in relazione alle circostanze del caso concreto, da cui può derivare la nullità della singola clausola o dell'intero contratto.

4. Esigenze di tutela che superano i confini della realtà consumeristica.

Da quanto sopra argomentato emerge la centralità dei principi generali interni e comunitari, nonché dei valori che si pongono a fondamento del nostro ordinamento giuridico, una centralità che impone di individuare strumenti idonei a garantire l'equilibrio, tanto nei contratti dei consumatori, quanto in quelli tra soli professionisti, ricostruendo il sistema delle tutele e dei rimedi sulla base del principio di proporzionalità, senza prescindere dalle circostanze concrete in presenza delle quali si è concluso il contratto. A fronte di ciò appare opportuno abbandonare, ai fini dell'applicazione della disciplina di protezione, il criterio esclusivo dato dalla definizione legislativa di «consumatore». Al riguardo, come rilevato da autorevole

⁷⁸ P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 2002, p. 337.

⁷⁹ L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano, 1998, p. 536.

⁸⁰ F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2006, p. 794, l'A. parla di «tecnica sanzionatoria individualizzante».

dottrina⁸¹, nonostante i numerosi punti in comune tra la figura del consumatore e quella del contraente debole, non è possibile affermare una loro totale e costante sovrapposizione⁸²: può accadere, infatti, che il contraente debole non sia un consumatore, ma piuttosto, un imprenditore o produttore, così come, in alcuni casi, si può essere in presenza di un consumatore che non assume la veste di contraente debole⁸³. Si possono verificare, quindi, delle fattispecie in cui la condizione di debolezza coinvolge soggetti che non ricoprono la qualifica di consumatore, così come delineata dal legislatore, con la conseguenza che, a tale nozione non può essere attribuito un valore assoluto, in quanto essa si limita a descrivere i «diversi destinatari di un insieme di tutele aventi, quale comune denominatore, la presunzione di uno squilibrio a carico di determinate parti»⁸⁴. Al tempo stesso, non si può ritenere che il professionista, solo perché tale, sia sempre «contraente forte», tanto per quanto riguarda il piano informativo che per quello decisorio, e che quindi le due nozioni siano legate da un nesso indissolubile. Così come, non si

⁸¹ V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Camerino- Napoli, 1983, p.108 s.

⁸² Al riguardo, G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore autonomia contrattuale*, cit., p. 23 ss. L'A. sottolinea che «la diversità dei ruoli, egemoni e subalterni, che si cumulano simultaneamente in ciascun soggetto, rende impossibile che esso si schieri, una volta per tutte, da una parte. Chi produce in un settore è consumatore in un altro [...] ciascuno è al tempo stesso, colonizzatore e colonizzato».

⁸³ In tal senso P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Riv. Giur. Molise e Sannio*, 1995, p. 99, il quale evidenzia che il consumatore «non sempre è debole, neppure economicamente [...] I consumatori di determinati beni, se uniti, costituiscono un gruppo di pressione forte e condizionante, come pur è stato ricordato. D'altro canto, si può essere protagonisti del mercato quali produttori in un certo settore e consumatori in altro: a volte il produttore è consumatore e portatore di *handicaps* culturali e psicofisici, utente di servizi non organizzati a scopo di lucro, di servizi pubblici essenziali, consumatore in regime di monopolio di fatto e via discorrendo. Sono tutte situazioni estremamente diversificate».

⁸⁴ Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 512, nota 170.

può parlare di uno *status* di consumatore, dato che «esso non si presenta come la configurazione soggettiva di un valore non modificabile e permanente, ma, piuttosto, come una posizione da individuare caso per caso, e quindi prendendo in considerazione il tipo di atto posto in essere, lo scopo perseguito, nonché la collocazione sociale e la condizione economica del soggetto»⁸⁵. Alla luce di ciò, trova conferma quanto in precedenza affermato e quindi, la possibilità di ammettere, in concreto, che anche un soggetto che non rientra nei requisiti definitivi fissati dalla normativa consumeristica⁸⁶, possa trovarsi in quella situazione di debolezza che proprio quella normativa intende tutelare. Così, deve essere ritenuto possibile che la normativa c.d. «di settore» possa essere chiamata ad operare in tutte quelle ipotesi in cui, al momento della contrattazione, ricorre una condizione di c.d. «asimmetria» informativa e/o economica tra le parti, ovvero quando viene predisposta una regolamentazione del contratto non equa⁸⁷.

Tenendo presenti tali considerazioni, l'individuazione della normativa applicabile al caso concreto, non può avvenire *a priori*, sussumendo il contratto nella disciplina di una determinata categoria di contratti, del consumatore o d'impresa, individuata tendendo conto esclusivamente della qualità soggettiva dei contraenti. Si utilizzerebbe un procedimento ermeneutico che non tiene in considerazione la complessità e unitarietà del

⁸⁵ Sulla impossibilità di ricondurre la nozione di consumatore al concetto di *status*, vedi P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 511, secondo il quale «il consumatore non è uno *status*, ma una posizione contrattuale da individuare e accertare di volta in volta: il soggetto ora è consumatore, ora è produttore o imprenditore»; L. MEZZASOMA, *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 1/2015, p. 311 ss.

⁸⁶ Art. 3 Codice del consumo: «Ai fini del presente codice ove non diversamente previsto si intende per consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta [...]».

⁸⁷ F. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 723.

nostro ordinamento e che avrebbe come risultato quello di escludere l'applicabilità di una serie di regole e principi che, pur non trovando espressa affermazione nella normativa dettata per la categoria di appartenenza, devono invece considerarsi applicabili, poiché garantiscono la tutela del contraente⁸⁸. Se dunque l'obiettivo è quello di apprestare strumenti in grado di offrire al contraente debole una tutela concreta ed effettiva, scarsamente utile appare far dipendere l'applicazione dei singoli istituti dalle categorie e dai concetti⁸⁹. Ne deriva che occorre configurare la nozione di parte debole del contratto non in termini generali ed astratti, ma tenendo conto della «relatività delle situazioni»⁹⁰ e valutando le circostanze

⁸⁸ In questo senso v. V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 39 ss., il quale considera la contrapposizione tra contratti di impresa e contratti dei consumatori «utile quasi esclusivamente ai fini di razionalizzazione» della distinzione dei rapporti tra i privati, ma nega che «la scriminante possa essere a questi fini soggettiva perché ciò che determina l'esigenza di tutela o di protezione e la posizione dei contraenti».

⁸⁹ Così P. PERLINGIERI, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 89, per il quale «gli atti e le attività, siano essi espressione di c.d. autonomia negoziale, siano essi espressione di poteri cc.dd. materiali di disposizione e di godimento, non potranno più trovare giustificazione semplicemente nell'autonomia privata come valore. Indispensabile piuttosto si rivela il riesame della nozione alla luce del giudizio di meritevolezza dei singoli atti e dell'attività complessiva posti in essere sì da dedurre la loro vincolatività giuridica e da individuare, tenendo conto del ruolo dei soggetti concreti, l'oggetto, l'ambiente storico-sociale, la gerarchia degli interessi e dei valori, la sfera consentita di effettiva autoregolamentazione».

⁹⁰ V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, p. 159, secondo il quale l'ermeneutica contrattuale può riguardare specifici profili concreti, quali «il carattere unilaterale, bilaterale, plurilaterale del contratto, il suo carattere oneroso, gratuito o di liberalità, il suo carattere formale o no, si può tener conto se si tratta di contratto attinente al diritto di famiglia, di contratto individuale di lavoro, di contratto collettivo di lavoro, di contratto di società, di contratto agrario, di contratto della pubblica amministrazione, di contratto di diritto internazionale privato, di contratto concluso sulla base delle condizioni generali; si può altresì tener presente se esso è collegato con un precedente contratto normativo o contratto tipo ecc.».

concrete e gli interessi che entrano in gioco nella singola fattispecie⁹¹. È ormai noto, infatti, che la concezione assiologica del diritto impone di prendere in considerazione l'interesse, la sua meritevolezza e rilevanza, collocando i rimedi in funzione degli interessi e della loro tutela⁹². Di conseguenza, l'applicazione della normativa ai vari contratti non può essere fatta dipendere dalla loro appartenenza all'una o all'altra categoria, bensì dalle peculiarità, di fatto e di diritto, che presenta l'operazione economico-giuridica realizzata. Occorrerà andare oltre la struttura formale del contratto, valutando gli interessi perseguiti dalle parti, così come risultano essere protetti dall'ordinamento e così come regolati dalle parti. In forza di ciò, se ciò che rileva è la concreta posizione di debolezza del contraente rispetto alla propria controparte, se occorre valutare gli interessi che entrano in gioco nella singola operazione economica e le esigenze di tutela che ne conseguono, se i rimedi devono essere concepiti in funzione di tutela di interessi meritevoli, allora, potrà ricoprire la veste di consumatore, inteso quale soggetto tutelato dalla specifica normativa di settore, chiunque, a prescindere dalla propria qualificazione soggettiva⁹³, non potendosi escludere *a priori* l'estensione dell'operatività degli strumenti di protezione in essa previsti anche ai contratti stipulati tra

⁹¹ F. VOLPE, *I Principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale* (Gross Disparity), in *Riv. dir. priv.*, 1999, 1, p. 86, evidenzia «la morte annunciata di una riflessione che, nel vincolare la valutazione di squilibrio alla mera rilevanza dello *status* di contraenti, senza sforzarsi di indagare le reali ragioni che sostanziano un'ipotesi di disparità contrattuale, ha segnato inequivocabilmente il suo tempo», affermando inoltre che non è «più tempo di trincerarsi dietro parametri precostituiti, ma è piuttosto più realistico, indagare la natura dell'attività svolta e registrare le eventuali implicazioni che abbiano a determinarsi nella sfera soggettiva».

⁹² In tal senso M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 8 ss.

⁹³ In tal senso, con differenti argomentazioni v. P. SIRENA, *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 281 secondo il quale, «il diritto dei consumatori deve essere inteso non come una rottura interna al sistema, ma come una modernizzazione del diritto generale dei contratti».

imprenditori⁹⁴. In questa prospettiva, norme che *prima facie* sembrano proprie del diritto dei consumatori, possono trovare applicazione anche nei contratti tra soli professionisti⁹⁵.

Quanto illustrato appare realizzabile con riferimento alla disciplina delle clausole vessatorie⁹⁶, ove la situazione di debolezza del contraente-consumatore viene tipizzata dal legislatore all'art. 33 c. cons. in termini di «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto»: circostanza questa che non può essere considerata caratteristica esclusiva

⁹⁴ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 658 s., il quale definisce la «debolezza contrattuale» quale dato unificante dei contratti, e afferma che «C'è asimmetria di potere tra consumatori e professionisti, ma non solo: anche relazioni non riconducibili a tale coppia - come quelle tra subfornitori e committenti, fra agenti e proponenti, fra banche e clienti, fra intermediari finanziari e investitori, fra conduttori e locatori - contrappongono una parte dotata di superiore potere contrattuale a una parte con potere contrattuale inferiore. E in ragione di tale asimmetria - ovunque si manifesti - il legislatore introduce, a protezione della parte che la patisce, quelle regole che si sono indicate come costitutive del nuovo paradigma contrattuale».

⁹⁵ P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, p. 330, per il quale non è necessaria «un'automatica traslazione della disciplina dei contratti dei consumatori ai contratti stipulati dall'imprenditore debole» ma piuttosto «attuare un coordinamento sistematico esterno di tali contratti con altri contratti asimmetrici».

⁹⁶ V. RIZZO, *Sub art. 1469-quarter. Forma e interpretazione*, in AA. VV. (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, p. 1184, il quale con specifico riferimento al principio di trasparenza, sottolinea che si tratta di un principio che «potrebbe manifestare una sua *vis expansiva* per affermarsi anche in altri settori soprattutto attraverso una interpretazione sistematica con altre disposizioni presenti sia nello stesso codice sia in altre legislazioni speciali»; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005, p. 521, il quale considera che «la scelta di limitare il campo di intervento ai rapporti tra professionisti e consumatori non sembra giustificata, dato che, a differenza di altri settori presi in considerazione nell'ambito della politica di protezione del consumatore (ad esempio, contratti fuori dai locali commerciali, contratti a distanza), quello delle clausole abusive non può certamente dirsi esclusivo del mercato dei beni o dei servizi di consumo, riguardando in egual misura anche il mercato dei beni e dei servizi destinati alla produzione».

dei contratti dei consumatori. Al riguardo, non può essere trascurato che all'interno dello stesso Codice del consumo, nonostante i limiti imposti dall'art. 3 all'applicabilità della normativa di protezione da un punto di vista soggettivo, tra le disposizioni inerenti le clausole vessatorie vi è una norma, l'art. 36, comma 4, c. cons., che espressamente si preoccupa di garantire tutela ad un professionista debole, ossia a quel soggetto – che coincide con il commerciante al dettaglio – il quale viene a trovarsi «tra due fuochi» potendo il produttore scaricare su di esso costi, oneri, rischi e responsabilità, che egli a sua volta non può trasferire sul consumatore, essendo tenuto a garantire nei suoi confronti gli *standards* di protezione imposti dalla normativa. Al fine di far fronte a tale condizione viene attribuito al venditore il «diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza alla declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive»; previsione questa che sembra perseguire l'obiettivo di tutela dei c.d. «anelli terminali della catena distributiva»⁹⁷, a prescindere dalla loro qualificazione soggettiva.

Le considerazioni svolte trovano, a parere di chi scrive, terreno fertile anche dall'analisi dei motivi ispiratori della direttiva 93/13/CEE. Il provvedimento *de quo* è frutto dell'esigenza di superare le divergenze esistenti nelle legislazioni degli Stati membri sul piano della disciplina della clausole vessatorie, divergenze che, come espressamente disposto dal Considerando n. 2, possono generare «distorsioni di concorrenza tra venditori di beni ed i prestatori di servizi in caso di commercializzazione in altri Stati membri». Una disciplina che persegue anche l'obiettivo di facilitare le imprese nella loro attività commerciale stimolando la

⁹⁷ Cfr. F. MAZZASETTE, *Il Codice del consumo tra diritto intero e diritto europeo*, cit., p. 145. Per la particolare posizione di soggezione in cui si trovano i distributori nei confronti del produttore o fornitore v. R. PARDOLESI, *Distribuzione (contratti di)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. Comm., V, Torino, 1990, p. 74 ss.

concorrenza⁹⁸, dettando pertanto regole affinché ciascuno possa conseguire il proprio vantaggio individuale secondo un mercato concorrenziale corretto. Quindi, l'esigenza di riequilibrio del rapporto contrattuale che sta a fondamento della direttiva è funzionale, non solo alla protezione del consumatore, ma anche all'instaurazione e al funzionamento del mercato⁹⁹, nonché ad una regolamentazione giuridica dello stesso, che ruota, appunto, attorno al conseguimento di un corretto equilibrio di diritti ed obblighi nelle relazioni contrattuali¹⁰⁰. E se questo è l'obiettivo, se è pubblica la natura dell'interesse tutelato dalla direttiva, poco opportuna appare la limitazione della disciplina in materia di clausole vessatorie ai contratti dei consumatori, escludendo *a priori* i rapporti negoziali tra professionista e soggetti che per la loro posizione possono essere assimilati ai

⁹⁸ V. Considerando n. 7 della direttiva 93/13/CEE che così recita «considerando che in questo modo i venditori di beni e i prestatori di servizi saranno facilitati nelle loro attività commerciali sia nel proprio Stato che in tutto il mercato unico e che sarà stimolata la concorrenza, contribuendo così a maggiori possibilità di scelta per i cittadini comunitari in quanto consumatori».

⁹⁹ In tal senso, T. BOURGOIGNIE, *Fonements, aquis et instruments du droit communautaire de la consommation*, Relazione in *Cours d'été en droit communautaire de la consommation*, Louvain-Lá-Neuve, 1991, p. 4.

¹⁰⁰ V. RIZZO, *Itinerario e nuove vicende della trasparenza (con particolare riguardo ai contratti del consumatore)*, in *Corti ombre*, 1/2016, p. 96 ss. in cui l'Autore specifica che «Emerge anche con chiarezza che se la immediata e palese esigenza di protezione presente in queste leggi è rivolta più direttamente a tutelare il contraente considerato debole, queste normative perseguono indirettamente e contestualmente l'obiettivo di realizzare un mercato corretto e trasparente garantendone l'efficacia, l'efficienza, l'integrità e realizzando nel contempo non soltanto interessi individuali ma anche interessi generali». ID, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., p. 569, spec. nota 22. L'A., facendo riferimento ai primi considerando della direttiva e all'art. 7 della stessa che non si riferisce solamente all'interesse dei consumatori, ma richiama anche quello dei «concorrenti professionali», segnala che le istanze di tutela rinvenibili nella direttiva 93/13/CEE non sono limitate alla protezione del consumatore, ma si pongono in relazione con esigenze inerenti alla tutela del mercato e della concorrenza.

consumatori¹⁰¹. Un'esclusione che, considerando i motivi ispiratori della direttiva come testè richiamati, appare non condivisibile e in contrasto con la *ratio* stessa della direttiva, in quanto va ad escludere dai rimedi e dalle tutele predisposti dal legislatore relazioni contrattuali che pur non coinvolgendo soggetti qualificabili come «consumatori», ben possono essere connotate da disequilibrio e sproporzione, andando quindi ad incidere e ad influenzare le corrette dinamiche del mercato, producendo quell'effetto «distorsivo» che, invece, la normativa intende evitare. Inoltre, giova ricordare che la stessa Corte di Giustizia ha più volte osservato che la direttiva 93/13/CEE contiene una disciplina che può essere qualificata come «di ordine pubblico», stante l'interesse di carattere generale alla eliminazione delle clausole vessatorie dal mercato¹⁰².

4.1. Segue. Disposizioni normative che prevedono forme di controllo sul contenuto del contratto a tutela del contraente debole.

A fronte delle considerazioni appena svolte, ampliando l'indagine ad altre normative si può constatare che l'ordinamento appare complessivamente pervaso dall'esigenza di predisporre meccanismi che consentano alla parte debole del contratto di reagire a situazioni per essa pregiudizievoli. Si registra, quindi, l'ormai diffusa tendenza a disciplinare rimedi che appaiono rivolti a soddisfare la necessità di «protezione di chi, in concreto, subisce una imposizione ingiusta, irragionevole, squilibrata, sproporzionata»¹⁰³. Così, oltre che nell'ambito della tutela dei consumatori, anche rispetto ad altri protagonisti del mercato, consumatori e non, vengono predisposti principi e regole finalizzati a superare ogni possibile

¹⁰¹ Ci si riferisce in particolare a piccole imprese, piccoli commercianti ed artigiani.

¹⁰² Al riguardo si veda Corte giust., 27 giugno 2000, *Ocèano*, in cause riunite C-240/98 e C-244/98; Corte giust., 21 novembre 2002, in causa C-473/00; Corte giust., 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, causa C-168/05; Corte giust., 4 giugno 2009, *Pannon*, causa C-243/08, tutte in *DeJure on line*.

¹⁰³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 353.

condizione di asimmetria tra i contraenti, che si traduca in un «abuso»¹⁰⁴, in tutti quei casi in cui tali soggetti abbiano accettato «condizioni sperequate che sono già di per sé, se non sicura prova, serio indizio di debolezza contrattuale»¹⁰⁵. In proposito, va richiamata, quale esempio di normativa rivolta alla protezione del c.d. «contraente debole» la legge 18 giugno 1998, n. 192, recante la «disciplina di subfornitura nelle attività produttive», che sancisce all'art. 9 il divieto dell'«abuso» da parte di un'impresa dello «stato di dipendenza economica» in cui si trova un'altra impresa¹⁰⁶. Secondo l'opinione prevalente in dottrina¹⁰⁷ e come evidenziato

¹⁰⁴ E. CATERINI, *La terza fase del diritto dei consumi*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA e V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 332, il quale osserva che le ragioni della tutela che caratterizzano la disciplina consumeristica vanno ricollegate al «rischio di abuso del potere formativo nella definizione del regolamento contrattuale. Senza abuso non può esserci lesione; ciò che rileva è l'obiettivo approfittamento di uno stato di inferiorità ai fini di un vantaggio economico».

¹⁰⁵ P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 244.

¹⁰⁶ In tal contesto non può essere trascurato il riferimento alla normativa antitrust che, in base agli artt. 102 TFUE (*ex art. 82 TCE*) e 3 legge 10 ottobre 1990, n. 287, vieta nei rapporti tra imprese concorrenti l'«abuso di posizione dominante» al quale, secondo un particolare orientamento dottrinale, va ricondotto il divieto di cui all'art 9 l. n. 192 del 1998 che rientrerebbe nel diritto della concorrenza v. G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparativa*, Torino, 2004, p. 69 ss. Secondo un'altra impostazione appare, invece, opportuno, considerare tale disposizione al fianco della normativa consumeristica nell'ambito del diritto dei contratti E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003, p. 41 ss. Inoltre vi è chi ne sottolinea la natura «ibrida», riconducibile ad entrambi i complessi normativi F. MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, p. 155 ss.

¹⁰⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, Milano, 2000, p. 396; P. FABBIO, *Osservazioni sull'ambito di applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 902 ss. Per una ricostruzione delle pronunce giurisprudenziali in materia V. G. AGRIFOGLIO, *L'abuso di dipendenza*

da costante orientamento giurisprudenziale¹⁰⁸, si tratta di una previsione che, pur costituendo parte integrante della legge sulla subfornitura, deve essere considerata di carattere generale, trovando applicazione in tutti i contratti tra imprese¹⁰⁹: l'istituto dell'«abuso di dipendenza economica» si fa, infatti, espressione del principio generale di buona fede, che impone di non trarre vantaggi eccessivi dalla situazione di debolezza in cui versì la controparte, divenendo funzionale ad assicurare un'adeguata tutela del contraente debole, il quale se normalmente viene ad identificarsi con il subfornitore, può coincidere pure con il committente¹¹⁰. In tali relazioni, l'impresa con maggior potere contrattuale può, infatti, concretizzare un abuso tanto imponendo alla controparte clausole vessatorie, che altro non sono che le «condizioni ingiustificatamente gravose» di cui all'art. 9, quanto approfittando di una volontaria incompletezza contrattuale, evitando di formalizzare gli impegni assunti¹¹¹. La norma appare particolarmente incisiva se relazionata alla disciplina della clausole abusive

economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e tutela del mercato, in *Eur. Dir. priv.*, 2005, p. 253.

¹⁰⁸ Si veda *ex multis*, Trib. Bari, 6 maggio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2178; Trib. Catania, 5 gennaio 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 976 ss.; Trib. Isernia, 12 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2006, p. 2149 ss.;

¹⁰⁹ P. PERLINGIERI, *La tutela del contraente debole*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2011, p. 101.

¹¹⁰ Sul punto, per quanto concerne l'ordinamento spagnolo, cfr. R. GARCÍA MARTÍNEZ, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la ley Española de la defensa de la competencia*, in *Rev. Del poder judicial*, n. 64, 2001, p. 310 ss. e C. ESTEVAN DE QUESADA, *La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica*, in *Rev. De derecho mercantil*, 2005, p. 1079 ss.

¹¹¹ Va inoltre ricordato che l'art. 10 della l. 11 novembre 2011, n. 180 nel delegare il Governo per il recepimento della direttiva 2011/77/UE, ha integrato la disciplina dell'abuso di dipendenza economica prevedendo all'art. 9 che «In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al d.lg. 231/2002 posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica».

in materia di contratti con i consumatori, in quanto, a differenza di quest'ultima, sembra ricomprendere tra le clausole «ingiustificatamente gravose», non solo quelle che determinano uno squilibrio normativo, ma anche economico e indipendentemente dal fatto che sia intervenuta tra le parti una trattativa. Ciò accade in quanto il legislatore attraverso la tutela dell'interesse particolare del singolo imprenditore a non subire abusi, ha inteso perseguire l'ulteriore finalità di tutelare la stabilità e la funzionalità del mercato¹¹². Così, attraverso la clausola generale dell'«eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi» di cui al comma 1 dell'art. 9, si legittima sia un controllo normativo sul contenuto del contratto, che un sindacato sull'equità economica¹¹³. Autonomo rilievo viene ad assumere quindi lo squilibrio economico, giustificando un sindacato che coinvolge la valutazione di congruità delle prestazioni principali del contratto, nella prospettiva di tutela dell'imprenditore-subfornitore, che versi in posizione di debolezza rispetto ad altro imprenditore. Il divieto ha un esteso ambito di operatività anche dal punto di vista oggettivo: il legislatore infatti, da un lato, si è limitato a specificare che una relazione tra imprese sfocia in un abuso quando una di esse sia «in grado di determinare un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi» a danno dell'altra (art. 9, comma 1) e, dall'altro lato, ha descritto, con un'elencazione meramente esemplificativa, quali ipotesi di abuso il «rifiuto di vendere o di comprare», l'«imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie» e l'«interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto» (art. 9, comma 2). Inoltre, viene individuato come parametro per valutare la sussistenza dell'abuso la capacità o meno per l'impresa dipendente di reperire soddisfacenti alternative sul mercato - idonee a soddisfare l'interesse della parte e concretamente fruibili - che, per alcuni rappresenta

¹¹² In tal senso V. R. QUADRI, «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. impr.*, 2001, p. 1183.

¹¹³ Cfr. F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 683 ss.

l'unica condizione rilevante ai fini del giudizio¹¹⁴, mentre, per altri, sarebbe possibile individuare altre circostanze¹¹⁵, assumendo, in ogni caso, rilevanza il caso concreto. Se ne ricava che non ogni situazione di dipendenza economica configura un abuso, ma solo quella che, in base ad una valutazione «dinamica», costringe un'impresa a sopportare «comportamenti pregiudizievoli realizzati in suo danno dalla controparte»¹¹⁶. Ed in questa prospettiva si ritiene, secondo opinione condivisa, che nella disciplina della subfornitura ciò che viene in considerazione è, non tanto la singola operazione economica posta in essere, e ancor meno la qualificazione soggettiva dei contraenti, quanto il potere di mercato dell'impresa dominante, assumendo rilevanza «la collocazione del contratto nel quadro delle reciproche relazioni economiche e delle dinamiche di mercato»¹¹⁷. Particolare attenzione desta l'art. 6, che prevede la nullità di determinate clausole, andando così a

¹¹⁴ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 139; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 405.

¹¹⁵ A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura industriale nelle attività produttive*, Napoli, 1998, p. 328 s.; G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 299.

¹¹⁶ Così P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, p. 131 s., per il quale «la presenza di alternative oggettive va accertata con riferimento ad un mercato rilevante, definito secondo i criteri dell'antitrust. In tale senso, infatti, si legge la previsione legale, dove si parla di “alternative sul mercato”. È improbabile che il legislatore abbia inteso utilizzare qui il termine “mercato” in un'accezione di significato, che non fosse quella di mercato rilevante (...) Accertata l'esistenza di alternative oggettive sul mercato, il passo successivo è di verificare se le stesse siano anche “reali” e “soddisfacenti”. Il che in sostanza vorrà dire praticabili dal punto di vista dell'impresa dipendente. Vengono così in considerazione quei profili, che attengono specificamente alla condizione individuale del soggetto dipendente, nonché ai rapporti che questo intrattiene con la controparte dominante».

¹¹⁷ In questo senso A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 537 ss.

costituire un vincolo, nonché a prevedere un controllo, sul contenuto contrattuale. La disposizione fa riferimento al patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura; al patto che attribuisca ad una delle parti, in caso di contratto ad esecuzione continuata o periodica, la facoltà di recesso senza congruo preavviso; e al patto con cui il subfornitore disponga, a favore del committente, senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale. Tale previsione riferendosi al patto e non al contratto, sembra introdurre ipotesi di nullità parziale, che non si estende all'intero contratto¹¹⁸, nullità che genera particolare interesse proprio se relazionata con quella delle clausole di cui all'art. 33 c. cons.: nelle ipotesi di cui all'art. 6 alcuna valutazione viene rimessa al giudice e tali clausole sono sempre considerate nulle, indipendentemente dal fatto che siano state oggetto di trattativa. Una nullità, quindi, funzionale a mantenere sostanzialmente inalterato l'equilibrio contrattuale¹¹⁹. In forza di ciò, alta appare l'attenzione del legislatore interno verso quegli scenari contrattuali che non coinvolgono consumatori, ma solo professionisti, in cui si riflettono situazioni di dipendenza economica e conseguenti condotte abusive, per arginare le quali si è avvertita l'esigenza di dettare una specifica disciplina con l'obiettivo di riequilibrare il rapporto, impedendo *a priori* l'inserimento di determinate clausole nel contratto e legittimando un controllo contenutistico sullo stesso¹²⁰. Merita di essere segnalata, anche con

¹¹⁸ È di tale avviso P.M. PUTTI, *Sub artt. 6-7 (Nullità di clausole e proprietà)*, in G. ALPA e G. CLARIZIA (a cura di), *La subfornitura*, Milano, 1999, p. 201.

¹¹⁹ S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 227.

¹²⁰ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 19 s. che evidenzia «Emergono in modo sempre più preponderante principi che esigono una loro applicazione non soltanto nei contratti dei consumatori, ma ovunque vi sia un contraente debole nei confronti di un contraente forte e ovunque vi sia un approfittamento, una mancanza di

riferimento al rapporto di complementarità¹²¹ con l'art. 9 della legge sulla subfornitura, l'art. 62¹²² del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, come modificato dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 e dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221. Si tratta di una disciplina che mira ad arginare il problema della disparità di potere contrattuale esistente tra i produttori agricoli e agroalimentari, da un lato, e i soggetti diversi dai consumatori finali ai quali cedono i loro prodotti¹²³. Ci si riferisce quindi al rapporto intercorrente tra soli professionisti, i produttori da un lato e le imprese di intermediazione commerciale, *id est* grossisti o dettaglianti, che vendono i prodotti al consumatore finale¹²⁴. In altri termini, l'art. 62 rappresenta la risposta all'esigenza di tutelare le piccole o medie imprese fornitrici o produttrici di prodotti agricoli nei rapporti con la grande distribuzione organizzata.

Tale norma dimostra quindi che le esigenze di protezione sopra segnalate si riscontrano anche nell'ambito della contrattazione fra soli professionisti¹²⁵, in cui il legislatore intende evitare il ricorso a termini di

equilibrio, un regolamento ingiusto secondo i nostri principi e i nostri valori. Emblematico si rivela il contratto di subfornitura: un contratto più predeterminato di quello oggi non c'è, tant'è che sta fallendo nell'applicazione pratica; ma questo è un altro aspetto del problema».

¹²¹ A. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare, Riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 442 ss.

¹²² L'art. 62 è così rubricato «Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari».

¹²³ Cfr. F. ZECCHIN, *La tutela del produttore agroalimentare fra tentativi di riequilibrio del potere contrattuale e misure di controllo*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 14 ss.

¹²⁴ V. C. CARLI, *L'abuso di potere negoziale nella Grande Distribuzione Organizzata. Un paradigma a geometria variabile*, in *Mercato concorrenza regole*, 2016, fasc. 1, p. 181 ss.; M. MAURO, *Contratti della filiera agroalimentare: squilibrio ed effettività dei rimedi*, in *Persona e mercato*, 2016, fasc. 1, p. 18 ss.

¹²⁵ Cfr. A. ARTOM, *Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, 3, p. 42 ss., disponibile all'indirizzo www.rivistadirittoalimentare.it; A. GERMANÒ, *Sul*

pagamento eccessivamente lunghi e l'applicazione di condizioni contrattuali «ingiustificatamente» gravose da parte del contraente forte¹²⁶. In tale ambito, ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 62, lo squilibrio di potere contrattuale può manifestarsi tramite imposizione di condizioni contrattuali e comportamenti non equi, se non addirittura vessatori¹²⁷, come ad esempio la dilatazione irragionevole dei termini di pagamento, le modifiche unilaterali e spesso retroattive dei contratti, la richiesta di ingenti importi da versare a titolo di remunerazione dei servizi di distribuzione e l'obbligo di fornire prodotti sottocosto per un certo periodo, a pena di esclusione di quei particolari prodotti dagli scaffali di vendita. La grande distribuzione organizzata, cioè, per la posizione di forza che occupa nel mercato della distribuzione agroalimentare rispetto ai fornitori, è in grado di imporre a questi ultimi obblighi contrattuali particolarmente svantaggiosi. E così lo sfruttamento abusivo della propria forza contrattuale da parte della grande distribuzione può determinare un'indebita compressione dei margini dell'impresa fornitrice, potendo pregiudicare la capacità della stessa di continuare ad operare sul mercato: in questo contesto l'impresa «debole» si

contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari, in *Dir. giur. agr.*, 2012, p. 379 ss.; R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, 4, p. 1 ss.; A.M. BENEDETTI e F. BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, p. 641 ss.; M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 91 ss. Sull'appartenenza della nuova disciplina all'area della contrattazione dell'impresa debole si veda anche G. BISCONTINI, *Contratti agroindustriali ed art. 62 D.L. n. 1 del 2012: luci ed ombre*, in www.comparazionedirittocivile.it. Si vedano, inoltre, le osservazioni critiche di S. PAGLIANTINI, *Il "pasticcio" dell'art. 62, l. 221/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo o responsabilità contrattuale da contratto sconveniente?*, in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2^a ed., 2015, p. 151 ss.

¹²⁶ V. C. BOITI, *Alcune riflessioni sul contenuto economico del contratto*, in *Corti ombre*, 1/2016, p. 3 ss.

¹²⁷ A. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare, Riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, cit., p. 443.

trova infatti assai spesso in una condizione di vulnerabilità e dipendenza economica. Di conseguenza, nelle ipotesi in cui vi siano un prezzo palesemente non congruo o modalità di consegna o di pagamento particolarmente gravose per l'imprenditore agricolo/produttore - creditore del pagamento - il giudice potrà intervenire sul contenuto economico del contratto, garantendo una effettiva protezione al c.d. professionista debole.

Altro rilevante esempio di normativa «protettiva» inerente i rapporti tra imprese si ricava dal d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231¹²⁸, di attuazione della direttiva 29 giugno 2000, n. 35 relativa alla «lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali», che si pone l'obiettivo di «proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore»¹²⁹. La *ratio* di tutela di chi, di fatto e a prescindere dalla propria qualificazione soggettiva, versa in condizioni di debolezza rispetto alla controparte contrattuale, emerge chiaramente da quanto disposto dall'art. 7 del d.lg. 231/2002, che prevede una forma di controllo *a posteriori* dell'autonomia privata, consentendo al giudice un sindacato sul regolamento contrattuale predisposto. Tale norma, rubricata «Nullità», dispone che «Le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore»¹³⁰, da valutarsi «avuto riguardo a tutte le circostanze del caso,

¹²⁸ Decreto modificato da d.lg. 9 novembre 2012, n. 192 in attuazione della direttiva 2011/7/UE. Cfr. A.M. BENEDETTI e S. PAGLIANTINI (a cura di), *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2013, *passim*.

¹²⁹ Dal Considerando n. 19 della direttiva 35/2000/CE si evince chiaramente la volontà del legislatore di impedire l'utilizzo strumentale dell'autonomia privata, tutelando il creditore che si trovi costretto ad accettare termini eccessivamente lunghi e svantaggiosi.

¹³⁰ Cfr. art. 7, d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231, rubricato «Nullità», come sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera g), d.lg. n. 192 del 2012; nonché l'art. 7 *bis*, del d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231, rubricato «prassi inique» e introdotto dall'art. 24, comma 2, d.lgs. n. 161 del 2014.

tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero» (art. 7, comma 2). La finalità della disposizione risulta, dunque, quella di evitare che una parte possa abusare della propria forza contrattuale ai danni dell'altra, prevedendo un termine di adempimento eccessivamente lungo o conseguenze particolarmente lievi in caso di ritardo, andando a ledere non solo gli interessi del creditore, ma anche quelli del mercato. Inoltre, il Considerando n. 19 della direttiva 35/2000 CE specifica che può rappresentare un accordo iniquo quello che «senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore». Anche in questo caso, la valutazione spetterà al giudice, che necessariamente dovrà ispirarsi al principio di proporzionalità, al fine di contemperare gli interessi in gioco e di evitare sproporzioni ingiustificate. La volontà di proibire l'abuso della volontà contrattuale in danno del creditore risulta essere confermata anche nella più recente direttiva 2011/07/CE che specifica che «qualsiasi prassi contrattuale o prassi che si discosti gravemente dalla corretta prassi commerciale e sia in contrasto con il principio di buona fede contrattuale e della correttezza dovrebbe considerarsi iniqua per il creditore». Si può, quindi, notare che diversamente dal tradizionale *favor debitoris*, la parte debole del rapporto è il creditore, che si vuol tutelare prevedendo che «il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore e alla corretta prassi commerciale, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo»¹³¹. Quanto riportato mette in evidenza, non solo l'intenzione

¹³¹ Art. 7, d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231, pubblicato in G.U. n. 249 del 23 ottobre 2002.

del legislatore di tutelare, chi, di fatto, versa in una condizione di debolezza rispetto alla controparte contrattuale, ma anche di subordinare ogni giudizio alle circostanze del caso concreto, attribuendo peculiare rilevanza ai comportamenti delle parti tenuti anteriormente e posteriormente alla conclusione del contratto. Essi dovranno necessariamente ispirarsi a correttezza e buona fede in virtù del principio costituzionale di solidarietà. Non può infatti essere sottaciuto, come in precedenza evidenziato, il particolare rilievo che tale principio acquisisce nell'ambito delle fattispecie caratterizzate da asimmetria di potere contrattuale tra le parti. Al contempo, come si è avuto modo di evidenziare, l'attività ermeneutica riguardante il contratto è strettamente legata alle circostanze concrete in cui si è realizzata e sviluppata l'operazione economica, da esse non può prescindere ed è in base ad esse che, poi, l'interprete è tenuto a svolgere il controllo contenutistico finalizzato a valutare l'equilibrio e la giustizia del regolamento contrattuale.

In questa prospettiva, occorre far riferimento all'istituto dell'equo compenso dell'avvocato e quindi segnalare l'art. 13 *bis*¹³² della l. 31 dicembre 2012, n. 247 (legge professionale forense)¹³³, così come modificato per effetto dei commi 487 e 488 dell'unico articolo della legge di Bilancio 2018¹³⁴. Il richiamo a tale disciplina appare essenziale a confermare quanto sopra argomentato e diviene testimonianza che la volontà del legislatore di proteggere il contraente debole, prevedendo un controllo esteso al contenuto del contratto, va al di là della sua qualificazione in termini di «consumatore». L'art. 13 *bis* della legge

¹³² L'art. 13 *bis* della l. 247/2012 è rubricato «Equo compenso e clausole vessatorie».

¹³³ Tale articolo fu inserito dall'art. 19 *quaterdecies*, del d.l. 16.10.2017, n. 148, recante «Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili», convertito in l. 4 dicembre 2017, n. 172.

¹³⁴ Si tratta della l. 27 dicembre 2017, n. 205, in G.U. 29 dicembre 2017, n. 302, recante «*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*».

professionale forense tutela l'equità del compenso degli avvocati quando concludono convenzioni, che hanno ad oggetto lo svolgimento, anche in forma associata, delle attività cui gli stessi sono istituzionalmente deputati¹³⁵ espletate in favore di imprese bancarie e assicurative, nonché di imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese, come definite in sede europea¹³⁶. Si tratta dunque di una norma funzionale a riequilibrare le relazioni contrattuali tra professionisti legali e clienti «forti», che possono essere connotate dalla presenza di una o più clausole di natura vessatoria, anche in ragione della non equità del compenso, che determinano quindi un significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato. L'obiettivo del legislatore è quello di eliminare gli effetti negativi di tali clausole e contestualmente di tutelare la classe forense, in virtù della situazione di particolare debolezza e vulnerabilità contrattuale in cui può versare al ricorrere delle precise condizioni individuate dalla legge. Ci si trova, quindi, di fronte ad un professionista che viene considerato contraente debole, in ragione del suo rapportarsi con soggetti economicamente più forti, che predispongono unilateralmente le convenzioni a cui l'avvocato aderisce. Un professionista che si vuol tutelare introducendo una tutela specifica e sostanziale, che troverà applicazione ogni qual volta l'avvocato stipuli convenzioni contenenti clausole vessatorie e quindi connotate da un significativo squilibrio a favore del committente¹³⁷. Al tempo stesso, oltre alla finalità di tutela del professionista debole, non può passare in secondo piano la volontà di tutela

¹³⁵ Si tratta delle attività relative all'assistenza, rappresentanza e difesa in ambito giurisdizionale nonché di assistenza legale in ambito stragiudiziale e di consulenza legale, come definite dall'articolo 2, commi 5 e 6, primo periodo, della legge 31 dicembre 2012, n. 247.

¹³⁶ Cfr. Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione europea.

¹³⁷ Il comma 4 dell'art. 13 *bis* dispone che «Ai fini del presente articolo si considerano vessatorie le clausole contenute nelle convenzioni di cui al comma 1 che determinano, anche in ragione della non equità del compenso pattuito, un significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato».

del mercato. Se si fa una riflessione più approfondita, l'elevato numero di avvocati operanti sul territorio italiano¹³⁸ porta con sé il rischio di prestazioni professionali tendenti al ribasso che potrebbero causare un peggioramento di qualità, nonché aprire la strada alla realizzazione di abusi da parte dei «soggetti forti» – quali banche ed assicurazioni. Si può quindi ricavare che il disposto normativo mira anche a tutelare il mercato, evitandone una concorrenza distorta¹³⁹.

La norma in commento legittima un controllo sul contenuto del contratto¹⁴⁰ istituito tra cliente ed avvocato, elencando distinte ipotesi di

¹³⁸ Si stima che in Italia gli avvocati iscritti all'albo siano oltre 200.000 e ciò rende fortemente sbilanciata l'offerta rispetto alla domanda, favorendo la stipula di convenzioni da parte degli avvocati anche nei casi in cui il regolamento contrattuale presenti clausole vessatorie.

¹³⁹ Ciò è quanto si evince dal Disegno di legge A.C. 4631 presentato dal Ministro della Giustizia, On. Andrea Orlando, «Disposizioni in materia di equo compenso e clausole vessatorie nel settore delle prestazioni legali», presentato il 29 agosto 2017.

¹⁴⁰ La norma utilizza il termine «convenzioni» ed al riguardo è stato notato che «la terminologia impiegata sul piano fattuale, e ripetuta anche sul piano normativo, richiama le “convenzioni”, che sono *accordi* intercorrenti tra le parti, e nella maggior parte dei casi trattasi di un contratto-tipo, in cui le clausole sono interamente predisposte dal cliente (banca, assicurazione, grande impresa), salvo casi eccezionali in cui le clausole sono negoziate, o i contratti hanno un articolato e diverso contenuto; in più i contratti conclusi sulla base della convenzione sono tutti eguali. Si che comunque si voglia concludere il contratto, cioè con l'adesione *sic et simpliciter* alla convenzione predisposta, oppure la si ricopi in testo sottoposto all'avvocato per la sua accettazione e sottoscrizione, oppure ancora si rovesci la modalità di concludere il contratto, e cioè si chieda all'avvocato di copiare il testo della convenzione, riportandolo su una lettera che è rivolta al cliente a mo' di offerta, che questi accetti, non fa differenza ai fini del controllo giudiziale e ai fini della applicazione della disciplina vigente» G. ALPA, *L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, relazione svolta nel corso del Seminario pratico di approfondimento e di applicazione della normativa sull'equo compenso, tenutosi a Roma, il 18 aprile 2018 e reperibile in www.consiglionazionaleforense.it. L'A. evidenzia che «La tecnica del rovesciamento delle posizioni, di offerente e di oblato, tale da trasformare l'oblato in offerente e l'offerente in oblato, è un espediente che non vale a sottrarre la convenzione ai controlli di cui si è detto. Si tratta di un espediente cui

vessatorietà, che consistono, da un lato, nella non equità del compenso e, dall'altro lato, in tutte le altre cause di squilibrio contrattuale tipizzate nei commi 4, 5 e 6. Nello specifico, l'art. 13 *bis* dopo aver stabilito al suo comma 4 che le clausole contenute nelle convenzioni si considerano vessatorie quando «determinano, anche in ragione della non equità del compenso pattuito, un significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato» e dopo aver elencato, nel suo comma 5, una serie di ipotesi di vessatorietà¹⁴¹, prosegue al comma 6 disciplinando ipotesi particolari

normalmente ricorrono le compagnie di assicurazione e le banche, ma la situazione non cambia ai fini della tutela della parte debole del rapporto. Ciò che rileva è che la compagnia oppure la banca, anziché predisporre (o proporre), utilizzino tali clausole». Ribadendo poi che «Le clausole, predisposte da una parte, o di cui si avvale una parte, per imporla all'altra, sono comunque di per sé vessatorie».

¹⁴¹ L'art. 13 *bis*, comma 5, così dispone: «In particolare si considerano vessatorie le clausole che consistono: a) nella riserva al cliente della facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto; b) nell'attribuzione al cliente della facoltà di rifiutare la stipulazione in forma scritta degli elementi essenziali del contratto; c) nell'attribuzione al cliente della facoltà di pretendere prestazioni aggiuntive che l'avvocato deve eseguire a titolo gratuito; d) nell'anticipazione delle spese della controversia a carico dell'avvocato; e) nella previsione di clausole che impongono all'avvocato la rinuncia al rimborso delle spese direttamente connesse alla prestazione dell'attività professionale oggetto della convenzione; f) nella previsione di termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente; g) nella previsione che, in ipotesi di liquidazione delle spese di lite in favore del cliente, all'avvocato sia riconosciuto solo il minore importo previsto nella convenzione, anche nel caso in cui le spese liquidate siano state interamente o parzialmente corrisposte o recuperate dalla parte; h) nella previsione che, in ipotesi di nuova convenzione sostitutiva di altra precedentemente stipulata con il medesimo cliente, la nuova disciplina sui compensi si applichi, se comporta compensi inferiori a quelli previsti nella precedente convenzione, anche agli incarichi pendenti o, comunque, non ancora definiti o fatturati; i) nella previsione che il compenso pattuito per l'assistenza e la consulenza in materia contrattuale spetti soltanto in caso di sottoscrizione del contratto.

nelle quali le clausole devono comunque considerarsi vessatorie¹⁴². L'art. 13 *bis* prende inoltre in considerazione anche le modalità di conferimento dell'incarico: tale disciplina, infatti si applica solo se le convenzioni siano state unilateralmente predisposte dall'impresa e il comma 3 dell'art 13 *bis* stabilisce una presunzione di predisposizione unilaterale, per cui spetterà all'impresa fornire prova contraria, quindi che le clausole siano state concordate con l'avvocato.

Non può sfuggire che tale normativa richiama termini e concetti che hanno trovato nascita e sviluppo nella normativa consumeristica. Il riferimento è al concetto di «significativo squilibrio» che ricorre tanto nell'art. 33 c. cons., quanto nel comma 4 dell'articolo 13 *bis* che stabilisce che le clausole «si considerano vessatorie quando determinano, anche in ragione della non equità del compenso pattuito, un significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato». Regimi diversi, ma simili, perché simile è la condizione di debolezza in cui versa il contraente debole. Il legame può essere posto in evidenza prendendo in considerazione una recente sentenza del Tribunale di Roma¹⁴³ dove si è ritenuto sussistente il significativo squilibrio a danno di un consumatore, posto che il rapporto tra le prestazioni non trovava alcuna giustificazione dal punto di vista sinallagmatico ed era collegato alla condotta discrezionale dell'impresa. Negli stessi termini può essere descritto il significativo squilibrio che connota la disciplina di cui all'art. 13 *bis* della legge professionale forense.

¹⁴² Il riferimento è alle lettere a), b), c), d), e), g), h) e i) di cui al comma 5 dell'art. 13 *bis*.

¹⁴³ Trib. Roma, 31 gennaio 2017, n. 1710, in *DeJure on line*, in cui si è dichiarata nulla una clausola contrattuale ritenendosi che a fronte dell'obbligazione dell'assicurato di corresponsione del premio per il rischio infortunio «introduce una causa estintiva dell'obbligazione indennitaria dell'assicuratore - quale il decesso dell'assicurato in un momento precedente alla liquidazione dell'indennizzo da parte della Compagnia - che non trova alcuna giustificazione dal punto di vista sinallagmatico e risulta correlata esclusivamente ad una condotta discrezionale del debitore, posta in essere successivamente all'insorgenza dell'obbligazione stessa».

Ovviamente, non può non essere rilevata un'importante differenza rispetto alla normativa consumeristica. In quest'ultima l'art. 34 esclude dal controllo di vessatorietà le clausole concernenti il profilo economico del contratto, purché sia rispettato il principio di trasparenza, di conseguenza ciò che rileva è solamente lo squilibrio normativo¹⁴⁴. Differente è il controllo di cui all'art. 13 *bis* in cui la valutazione della vessatorietà avviene anche alla luce dell'equo compenso, estendendosi quindi il sindacato giudiziale anche al profilo economico dell'accordo. Questo è uno degli aspetti più significativi della normativa in esame: l'ottica di tutela si amplia al punto da prevedere un controllo sull'aspetto economico dell'accordo, quell'aspetto normalmente sottratto al giudizio di vessatorietà, in quanto rimesso alla libera determinazione delle parti.

La disciplina di cui all'art. 13 *bis* si caratterizza per la relatività dell'azione riconosciuta al solo professionista e la parzialità della nullità¹⁴⁵. Appare quindi evidente non solo la sua peculiarità rispetto alle regole generali del codice civile quanto agli effetti dell'invalidità¹⁴⁶, ma anche il legame con la nullità di protezione di cui all'art. 36 c. cons, prevista a tutela del consumatore. A differenza però di quanto avviene nel codice del consumo, in questo caso la sanzione della nullità parziale è concepita a tutela del professionista, perché si prende in considerazione la sua

¹⁴⁴ Cfr. al riguardo, *ex plurimis*, Cass. 20 settembre 2013, n. 21600; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559; Cass., 26 luglio 2016, n. 15408, tutte in *DeJure on line*.

¹⁴⁵ Il comma 8 dell'art. 13 *bis* così prevede «Le clausole considerate vessatorie ai sensi dei commi 4, 5 e 6 sono nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto. La nullità opera soltanto a vantaggio dell'avvocato». L'art. 1, comma 487, lett. d), legge 27 dicembre 2017, n. 205, ha abrogato il comma 9, dell'art. 13 *bis* in forza del quale l'azione diretta alla dichiarazione di nullità di una o più clausole delle convenzioni doveva essere «proposta, a pena di decadenza, entro ventiquattro mesi dalla data di sottoscrizione delle convenzioni medesime». In conseguenza a tale abrogazione siffatta azione non è soggetta a prescrizione e ciò conferma la volontà del legislatore di conferire pienezza ed effettività alla tutela del professionista debole, esponendo maggiormente i cd. «committenti forti» al pregiudizio derivante dalla declaratoria di nullità delle clausole vessatorie.

¹⁴⁶ Si veda artt. 1419, primo comma, e 1421 c.c.

condizione di debolezza rispetto alla controparte contrattuale. Si noti, quindi, come a differenza di quanto dispone l'art. 36 c. cons. in questo caso il legislatore abbia disancorato rimedi e sanzioni dai rigidi parametri che definiscono il consumatore. Ai sensi del comma 8 la legittimazione ad agire spetta solo all'avvocato e a differenza di quanto disposto dall'art. 36 c. cons. nessun riferimento viene fatto alla rilevabilità d'ufficio. Tuttavia il silenzio della norma può essere agevolmente superato. Se infatti si prende in considerazione la *ratio* della normativa, che è appunto quella di tutelare il contraente debole, nonché le corrette dinamiche concorrenziali, garantendo contrattazioni equilibrate, escludere il rilievo d'ufficio significherebbe consentire una tutela più blanda, nonché un minor contrasto alla diffusione di contrattazioni contenenti clausole vessatorie. E questa prospettiva risulta essere avvallata dal recente orientamento della Corte di Cassazione che in una recente sentenza ha affermato che «che il giudice di merito ha sempre il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti *ex actis*, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso»¹⁴⁷, ivi compresa, quindi, quella di protezione di cui all'art. 13 *bis* della legge professionale forense. Ovviamente, così come avviene per la normativa consumeristica, anche in questo caso, il rilievo d'ufficio ha il limite dettato dal c.d. «interesse» del contraente debole – ovvero del soggetto legittimato a far valere la nullità. Di conseguenza, essa può essere rilevata d'ufficio dal giudice *ex art.* 1421 c.c., ma soltanto nell'interesse della parte protetta, la quale conserva pur sempre la facoltà di non avvalersene¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Cass., 7 luglio 2017, n. 16977, in *DeJure on line*.

¹⁴⁸ G. ALPA, *L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, relazione svolta nel corso del Seminario pratico di approfondimento e di applicazione della normativa sull'equo compenso, tenutosi a Roma, il 18 aprile 2018, p. 27 ss.

Il rimedio in questione consente di ottenere dall'autorità giudiziaria la dichiarazione di nullità della singola clausola *contra legem*, senza travolgere la restante parte della convenzione contrattuale conclusa con il «cliente forte», facendosi così espressione del principio di conservazione. Accertata la nullità della clausola vessatoria della convenzione, il giudice nel determinare l'equità del compenso¹⁴⁹ – che rappresenta una delle possibili cause di vessatorietà, nonché l'ipotesi più peculiare se si tiene in considerazione i limiti della normativa consumeristica – terrà in conto i parametri previsti dal decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, oltre che la quantità e la qualità del lavoro svolto, nonché il contenuto e le caratteristiche della prestazione legale prestata in concreto, con delle conseguenze che si apprezzeranno tanto nel breve quanto nel medio-lungo periodo. Così se nell'immediato il professionista si vede liquidare un compenso più adeguato rispetto a quello inizialmente concordato, nel medio-lungo periodo, invece, l'intervento potrà ridimensionare il verificarsi di situazioni di squilibrio nei rapporti contrattuali tra professionisti. Ovviamente il raggiungimento di tali obiettivi potrà essere verificato solo tra qualche anno, analizzando il numero delle domande presentate all'autorità giudiziaria per l'accertamento della vessatorietà delle clausole.

¹⁴⁹ Il secondo comma dell'art 13 *bis* nel fornire la definizione di equo compenso così dispone «Ai fini del presente articolo, si considera equo il compenso determinato nelle convenzioni di cui al comma 1 quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6».

4.2. Segue. Il controllo sul contenuto del contratto a tutela del contraente debole a livello comunitario.

A sostegno delle argomentazioni svolte e a testimonianza che pure a livello comunitario l'esigenza di tutela viene avvertita anche in relazione all'«imprenditore debole» non può non essere segnalata la tendenza del legislatore europeo di regolare, in un unico provvedimento, i contratti stipulati dai consumatori e quelli tra imprese in cui uno dei contraenti è rappresentato da una piccola o media impresa. Al riguardo, il Libro verde sulle «opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese» del 1 luglio 2010¹⁵⁰, circa le «possibili strategie per consolidare il mercato interno facendo progredire il settore del diritto europeo dei contratti», individua espressamente quale proprio ambito di operatività: sia i contratti dei consumatori, per i quali auspica, al fine di incentivare le transazioni transfrontaliere, l'introduzione di una disciplina uniforme degli strumenti di protezione; sia i contratti tra imprese, allo scopo di regolare le questioni inerenti la scelta della legge applicabile al contratto, nella convinzione che «per le piccole e medie imprese questa operazione è più difficile, e ciò è di ostacolo al perseguimento di una politica commerciale uniforme in tutta l'Unione poiché preclude alle imprese le opportunità offerte dal mercato interno». Per entrambe le fattispecie contrattuali, pur mantenendo distinte le rispettive problematiche, il legislatore avverte l'esigenza di regolare quei profili che rappresentano gli «ostacoli più palesi con cui si confrontano consumatori e piccole-medie imprese nel contesto del mercato unico europeo e che riguardano la complessità delle relazioni contrattuali, i termini e le condizioni squilibrate dei contratti, l'informazione carente e insufficiente e le procedure

¹⁵⁰ COM (2010) 348 def. Il percorso avviato con il Libro Verde del 1 luglio 2010 ha avuto come esito la Proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio concernente una disciplina comune sulla vendita, adottata in forza dell'art. 114 TFUE.

inefficienti e lunghe»¹⁵¹. Anche nella Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio dell'11 ottobre 2011 – oggi ritirata – volta ad istituire un diritto comune europeo della vendita applicabile ai contratti transfrontalieri le problematiche concernenti l'armonizzazione della disciplina del contratto di vendita venivano affrontate considerando unitariamente la prospettiva dei contratti tra imprese e consumatori e quelli tra imprese. In questo ambito particolare attenzione veniva riservata alle piccole-medie imprese le quali venivano, nello stesso momento, prese in considerazione sia nella veste di contraenti forti nei rapporti con i consumatori, sia in quella di contraenti deboli nei rapporti con altre imprese. Nello specifico, il Considerando n. 21 nell'individuare un «campo d'applicazione personale» del Regolamento che sia funzionale ad «affrontare in modo mirato i problemi attuali di mercato interno e concorrenza» prevedeva l'opportunità di far rientrare in tale disciplina non solo le transazioni tra imprese e consumatori, ma anche «tutti i contratti tra professionisti quando almeno una delle parti è una PMI, in base alla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione»¹⁵². Ciò rende evidente che, anche se a seguito dei più recenti emendamenti era stata eliminata la previsione di cui all'art. 7 che forniva parametri funzionali ad individuare le PMI – e ciò a discapito della certezza del diritto¹⁵³ – era poi rimasta

¹⁵¹ Così il Parere della Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori relativo alle «opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese», del 23 marzo 2011.

¹⁵² Cfr. Considerando n. 21

¹⁵³ L'art. 7 prevedeva che «Nei contratti in cui tutte le parti sono professionisti, il diritto comune europeo della vendita può applicarsi quando almeno una parte sia una piccola o media impresa (PMI)». Specificando, al comma 2, che si intende per PMI «il professionista che:

a) occupa meno di 250 persone, e b) ha un fatturato annuo non superiore ai 50 milioni di euro oppure un totale di bilancio annuo non superiore ai 43 milioni di euro o, per una PMI che ha la residenza abituale in uno Stato membro la cui valuta non è l'euro o in un paese terzo, a un importo equivalente nella valuta di quello Stato membro o quel paese terzo».

comunque inalterata l'esigenza di tutelare la parte debole del rapporto, in funzione della tutela delle dinamiche del mercato. Al tempo stesso, sebbene la Proposta di regolamento era volta ad introdurre un diritto comune europeo della vendita vincolante per gli Stati membri solo per i contratti con i consumatori, restando invece facoltativo per i contratti tra imprese, per ovviare a quelle situazioni in cui le piccole-medie imprese si trovano in condizione di debolezza rispetto ad un'altra impresa l'art. 13 della Proposta stabiliva che gli Stati membri potessero scegliere se applicare o meno tale disciplina solo quando tutte le parti del contratto fossero professionisti, «ma nessuna fosse un PMI», rendendo in tal modo vincolante il regolamento ove nel rapporto contrattuale siano coinvolti operatori «deboli». Alla luce di ciò, seppur la Proposta sembra ormai un «progetto fallito», appare chiara l'intenzione del legislatore europeo di perequare l'asimmetria di potere tra i contraenti a prescindere dalle qualità che rivestono, un'asimmetria che deriva nel caso delle piccole-medio imprese dagli impedimenti agli scambi dovuti alle differenze tra i singoli diritti nazionali¹⁵⁴. Così, anche a favore di quest'ultime, «devono considerarsi operanti quelle specifiche disposizioni protettive che regolano il contenuto minimo del contratto, il diritto all'informazione e quello di recesso dell'acquirente-consumatore, nonché quelle norme in materia di clausole vessatorie, di conformità del bene al contratto e dei connessi rimedi esperibili in caso di difetto»¹⁵⁵.

¹⁵⁴ A testimonianza che il baricentro della tutela consumeristica si sta spostando in maniera progressiva verso l'asimmetria di potere contrattuale, aprendosi anche ai non consumatori, va richiamato anche il Considerando n. 7 della direttiva 83/2011/UE che prevede «Gli Stati Membri possono decidere di estendere l'applicazione delle norme della presente direttiva alle persone giuridiche o alle persone fisiche che non sono consumatori ai sensi della presente direttiva, quali le organizzazioni non governative, le start-up o le piccole e medie imprese».

¹⁵⁵ F. MAZZASETTE, *Il codice del consumo tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., p. 135 ss.

Se risultano attendibili le considerazioni appena svolte, allora quanto argomentato rende evidente che l'esigenza di riequilibrio del rapporto contrattuale è avvertita anche in contesti che non coinvolgono consumatori, ma nei quali è riscontrabile una condizione di debolezza di una delle parti contrattuali, che induce il legislatore a predisporre strumenti in grado di apprestare adeguata tutela a chi di fatto aderisce ad un regolamento contrattuale squilibrato e sproporzionato.

5. Tutela del contraente debole *tout court* e tutela del mercato.

Le osservazioni che precedono rendono evidente che le forme di controllo sul regolamento contrattuale, ritenute in passato «eccezionali», in conseguenza ai continui cambiamenti di segno economico e tecnologico che si sono verificati sulla scena del mercato hanno perso questo carattere, divenendo aspetto del normale controllo riservato all'autorità giudiziaria dall'ordinamento¹⁵⁶, diffondendosi in una prospettiva perfettamente coerente con lo stesso. Essendo, infatti, venuto meno il dogma dell'intangibilità dell'autonomia negoziale, il controllo sull'equilibrio dello scambio è divenuto espressione dei principi di solidarietà, uguaglianza e proporzionalità che si pongono a fondamento del nostro ordinamento. Così questo, se da un lato lascia alle parti la possibilità di autoregolamentare i loro interessi, dall'altro prevede un controllo sugli atti di autonomia volto tanto a verificarne tanto la meritevolezza, quanto l'equilibrio e la giustizia dello scambio, nella prospettiva di tutela del contraente debole *tout court*¹⁵⁷. Dall'analisi svolta si può constatare lo sviluppo di linee di intervento comuni tra contratti con i consumatori e contratti con

¹⁵⁶ A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 297 ss.

¹⁵⁷ P. PERLINGIERI, *La tutela del «contraente debole» nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 319; F. ROMEO, *Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 446.

«imprenditori deboli» che, come rilevato da parte della dottrina¹⁵⁸, conducono ad affermare la presenza nel nostro ordinamento del principio della «giustizia contrattuale», in forza del quale i rapporti contrattuali devono rispettare determinati canoni di equità realizzando una composizione degli interessi in gioco che risponda al principio di proporzionalità. Tale principio porta ad attribuire rilevanza allo squilibrio contrattuale, sia esso normativo che economico, a prescindere dalla qualificazione soggettiva dei contraenti. Questa tendenza sembra essere condivisa anche a livello comunitario. Inevitabile appare il riferimento ai principi *Unidroit* che propongono forme di tutela del contraente debole senza prendere in considerazione la «veste» da questi rivestita¹⁵⁹. Nello specifico, l'art. 3.10 nel prevedere la *Gross disparity* quale clausola di invalidità del contratto, chiarisce, nel commento, che il contratto può essere annullato ove lo squilibrio sia così grande da colpire la coscienza di una persona ragionevole. Prescinde dalla qualificazione soggettiva del contraente anche l'art. 4:110 dei Principi di diritto europeo dei contratti (PECL), in forza del quale una parte può annullare la clausola che non sia frutto di una negoziazione individuale e che, contrariamente ai requisiti di buona fede e di correttezza commerciale, determini un significativo squilibrio nei diritti e negli obblighi delle parti scaturenti dal contratto a danno di uno dei contraenti, avuto riguardo delle natura della prestazione da eseguirsi, alle altre condizioni contrattuali ed alle circostanze esistenti al

¹⁵⁸ Cfr. F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 258 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 208 ss.; F. CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 308 ss.

¹⁵⁹ M.J. BONELL, *I Principi Unidroit – un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 2, 1, p. 231 ss.; E. DI MEO e R. PELEGGI, *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali (2004)*, *Principi di diritto europeo dei contratti e (Progetto di un) quadro comune di riferimento: una tavola sinottica*, in *Dir. comm. int.*, 2009, p. 207 ss.; M.J. BONELL e E. FINAZZI AGRÒ, *Rassegna giurisprudenziale sui Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 2, p. 413 ss.

momento della conclusione del contratto¹⁶⁰. Tali dati forniscono elementi indicativi dell'emersione di un principio generale in forza del quale la parte forte non deve abusare del proprio potere contrattuale in danno della controparte al fine di ottenere un regolamento sfavorevole a quest'ultima: è interesse dell'ordinamento che sussista equilibrio tra le posizioni dei contraenti e, quindi, prevedere degli interventi volti ad evitare che «l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle situazioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela»¹⁶¹. Si tratta di un potere riconosciuto «nell'interesse dell'ordinamento»¹⁶² e quindi a prescindere dalla qualificazione soggettiva delle parti.

Alla luce dei rilievi evidenziati, occorre considerare la tutela del contraente debole *tout court* un'esigenza imperativa di interesse generale, che non può rimanere ancorata ai rigidi schemi definitivi dell'art. 3 c. cons., soprattutto se si considera il riflesso che la stessa può avere sulle dinamiche del mercato e sul corretto funzionamento dello stesso. Un riflesso che, per ciò che concerne la disciplina sulle clausole vessatorie di cui agli art. 33 ss. c. cons. non sembra essere stato totalmente ignorato dal nostro legislatore¹⁶³. Analizzando le suddette disposizioni, si può notare che la tutela del consumatore avverso l'inserzione nel contratto di clausole abusive viene affidata *ex art.* 37 c. cons.¹⁶⁴ ad uno strumento

¹⁶⁰ Cfr. A. GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo. Immaginando i vizi del XXI secolo*, Milano, 2008, p. 347 ss.

¹⁶¹ Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, c. 2985.

¹⁶² Cfr. nota 92.

¹⁶³ Va rammentato che a livello comunitario, l'obiettivo della direttiva 93/13/CEE era quello di giungere ad un'armonizzazione delle varie discipline esistenti nei vari Stati membri, al fine, non solo di accrescere la tutela del contraente debole, ma anche di evitare gli effetti restrittivi degli scambi e gli effetti distortivi della concorrenza. In tal senso V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., p. 27 ss.

¹⁶⁴ Art. 37 c. cons. «Le associazioni rappresentative dei consumatori, di cui all'articolo 137, le associazioni rappresentative dei professionisti possono

giurisdizionale di tipo inibitorio che si affianca a quello individualistico successivo di cui all'art. 36 c. cons. L'art. 7 della direttiva 93/13/CEE aveva previsto, infatti, che gli Stati membri dovessero provvedere a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori¹⁶⁵. Il legislatore attribuisce, così, la legittimazione attiva ad enti collettivi, *id est* alle associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti. Ciò evidenzia che gli

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». Articolo così modificato per effetto dell'art. 5, comma 4, lett. b, del d.lg. 25 novembre 2016, n. 219, eliminando la legittimazione all'azione inibitoria prevista anche in capo alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

¹⁶⁵ Secondo l'art. 7 della direttiva 93/13/CEE «Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra professionisti e consumatori». Il secondo comma dell'art. 7 della direttiva 93/13/CEE prospettava un'alternativa tra controllo amministrativo e controllo giudiziario sulle condizioni generali di contratto destinate ad un impiego generalizzato, lasciando ai legislatori degli Stati membri il compito di scegliere la strada più conforme al singolo ordinamento interno: «I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole». Emerge, dunque, la chiara consapevolezza da parte del legislatore comunitario della duplice dimensione problematica sottesa al fenomeno della contrattazione standardizzata. Da un lato, la dimensione particolare del fenomeno, che attiene al rapporto individuale tra consumatore e professionista ed è legata all'esigenza di protezione del contraente debole, sulla quale il legislatore comunitario interviene attraverso l'introduzione di una tutela di tipo sostanziale (art. 33 ss. c. cons.); dall'altro, la dimensione collettiva del fenomeno, che attiene alla necessità di individuare meccanismi di controllo sull'attività di predisposizione del testo contrattuale che siano tali da contrastare la diffusione di contratti abusivi nel mercato, potenzialmente lesivi dello stesso.

interessi e i valori da tutelare, e che potrebbero essere lesi dalla diffusione di contratti contenenti clausole vessatorie, vanno ben oltre il singolo contratto¹⁶⁶, coinvolgendo la correttezza, la trasparenza e la concorrenzialità del mercato, che è un circuito economico che non vive solamente di rapporti tra imprese e consumatori, ma anche di rapporti tra soli professionisti¹⁶⁷. Nello specifico, l'attribuzione della legittimazione attiva alle associazioni dei professionisti è posta a presidio di un interesse diverso da quello proprio delle associazioni dei consumatori, ma analogo a quello sul quale si fonda la tradizionale legittimazione attiva delle associazioni all'esercizio dell'azione di concorrenza sleale *ex art. 2601 c.c.* Infatti, come rilevato da parte della dottrina, l'interesse ad agire delle associazioni dei professionisti si sostanzia nella volontà di evitare alterazioni delle dinamiche concorrenziali derivanti dall'utilizzo di clausole vessatorie¹⁶⁸. Di fatto, a ben vedere, l'inserzione nel contratto di clausole

¹⁶⁶ In tal senso F. DANOVI, *L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie*, in *Rass. dir. priv.*, 1996, p. 1058, il quale, con riferimento all'azione inibitoria evidenzia che «[...] la legittimazione ad agire in capo ad organi rappresentativi (quali le Camere di commercio e le associazioni dei consumatori) induce a ritenere superfluo l'accertamento dell'eventuale avvenuta conclusione di un singolo contratto: quest'ultima violazione potrà, infatti, come detto, sempre essere fatta valere dal consumatore interessato con la richiesta giudiziale che sia dichiarata l'inefficacia del contratto concluso».

¹⁶⁷ F. MACARIO, *Autorità Indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, II, 2003, p. 295; D. LONGHI, *Le Camere di Commercio quali authority fra consumo e produzione*, in AA. VV., *Le Camere di Commercio fra consumatore ed imprenditore: Atti del Convegno, Verona, 11 novembre 1995*, Verona, 1996, p. 27 ss.

¹⁶⁸ Sul punto V. E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, cit., p. 398 ss. che riporta con riferimento alla legittimazione delle associazioni dei professionisti le perplessità manifestate da parte della dottrina per un possibile uso distorto che delle azioni inibitorie, perplessità che trovano fondamento nell'art. 7 della direttiva 93/13/CE, che non impone alcun obbligo agli Stati Membri di concedere alle associazioni dei professionisti la legittimazione attiva. Cfr. anche M. LIBERTINI, *Prime riflessioni sull'azione*

abusive, può determinare una riduzione dei costi per il predisponente e ciò pregiudica non solo il consumatore, ma anche l'imprenditore concorrente¹⁶⁹. Si potrebbe, dunque, argomentare che l'obiettivo indiretto perseguito dal legislatore interno sembrerebbe quello di tutelare la trasparenza del mercato, eliminando i vantaggi indebitamente conseguiti dall'impresa che faccia uso di clausole vessatorie. Se questa, ad oggi, è la legittimazione attiva prevista in sede di inibitoria, occorre fare un rilievo critico. L'art. 5, comma 4, lett. b, del d.lg. 25 novembre 2016, n. 219, ha eliminato la legittimazione all'azione inibitoria che originariamente era stata prevista in capo alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura. Tale scelta, a parere di chi scrive, non è condivisibile. In tale contesto normativo, data la stretta correlazione tra vessatorietà e mercato, data la funzione anche dissuasiva dei rimedi articolati nella disciplina protezionistica e data la *ratio* della stessa, tesa a garantire anche il corretto funzionamento del mercato, necessari, se non indispensabili appaiono i compiti di controllo e tutela di quegli enti – quali camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura – che operano svincolati da interessi di settore e che sono tradizionalmente preposti alla verifica del regolare svolgimento delle attività produttive, in quanto chiamati a garantire la correttezza e la trasparenza di un circuito economico che vive tanto di rapporti tra imprese, quanto di rapporti tra imprese e consumatori¹⁷⁰.

inibitoria dell'uso di clausole vessatorie (art. 1469-sexies c.c.), in *Contr. impr. eur.*, 1996, p. 555 ss.

¹⁶⁹ Sul punto E. MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contratto impr.*, 2006, p. 636 ss.

¹⁷⁰ F. MACARIO, *Autorità Indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, II, 2003, p. 295; D. LONGHI, *Le Camere di Commercio quali authority fra consumo e produzione*, in AA. VV., *Le Camere di Commercio fra consumatore ed imprenditore: Atti del Convegno, Verona, 11 novembre 1995*, Verona, 1996, p. 27 ss.

In questa prospettiva, considerata l'interconnessione tra vessatorietà e mercato, deve essere richiamato anche l'art. 37 *bis* c. cons.¹⁷¹ che introduce il controllo amministrativo sulle clausole vessatorie affidandolo all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato¹⁷². Un controllo, attivabile d'ufficio o su denuncia, al quale oltre ad attribuirsi un effetto dissuasivo nei confronti di chi faccia uso di clausole vessatorie, vuole avere anche un effetto informativo nei confronti dei consumatori e del mercato in generale¹⁷³: la valutazione dell'Autorità è finalizzata all'irrogazione di una sanzione «reputazionale», che si sostanzia nella pubblicazione del provvedimento nel sito internet dell'Autorità, in quello del professionista che abbia adottato la clausola vessatoria e mediante ogni altro mezzo che l'Autorità ritenga opportuno in relazione all'esigenza di informare i consumatori¹⁷⁴. In tale contesto assume rilievo anche l'istituto

¹⁷¹ L'art. 37 *bis* c. cons., rubricato «Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie», è stato introdotto per effetto dell'art. 5, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modifiche dalla l. 24 marzo 2012, n. 27. L'art. 7 della direttiva 1993/13/CEE lasciava liberi i legislatori nazionali di prevedere sistemi di controllo giudiziali, amministrativi o misti, fatto salvo il principio di adeguatezza dell'*enforcement*. L'inserimento da parte del nostro legislatore di tale sistema di controllo sulle clausole vessatorie affidato all'Autorità antitrust è stata la risposta del nostro ordinamento a quella parte della dottrina che aveva evidenziato l'inidoneità del solo controllo giudiziale a tutelare i consumatori avverso l'inserimento nei contratti di clausole abusive. Per un'analisi del sistema di controllo adottato nelle altre esperienze europee si veda V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, *passim*.

¹⁷² Cfr. M. ANGELONE, *La nuova frontiera del «public antitrust enforcement»: il controllo amministrativo dell'Agcm avverso le clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 9 s.; ID., *La tutela amministrativa avverso le clausole vessatorie alla luce dell'attività provvedimento condotta dall'Agcm nel triennio 2013-2015*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, pt. 2, p. 525 ss.

¹⁷³ Al riguardo V. RIZZO, *La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici*, in A. BELLELI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO, *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, p. 52.

¹⁷⁴ Va specificato che il comma 4 dell'art. 37 *bis* fa salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del

dell'interpello di cui al comma 3 dell'art. 37 *bis* c. cons. mediante il quale, di sua iniziativa, il professionista sollecita la valutazione dell'Autorità, la cui attività si inserisce, quindi, nella fase preparatoria della predisposizione delle clausole del contratto standard e diviene funzionale ad incentivare una contrattazione non vessatoria. In tal modo, la protezione del consumatore passa attraverso un controllo preventivo dell'Autorità, che presta le proprie competenze non solo in funzione della protezione del contraente debole, ma anche per garantire agli imprenditori una maggiore stabilità contrattuale, che inevitabilmente si riflette su quella del mercato. Se ne ricava una disciplina che fornisce tanto ai consumatori, quanto agli imprenditori strumenti funzionali a neutralizzare comportamenti vessatori a garanzia di un mercato concorrenziale e a prevenzione di un suo fallimento. L'inserimento del controllo amministrativo dimostra, quindi, come autorevolmente rilevato¹⁷⁵, che il sistema di rimedi e tutele predisposto dal nostro legislatore non è esclusivamente preordinato alla tutela del consumatore, ma è volto anche a garantire che il mercato «permanga il più possibile sgombro da pratiche vessatorie che non consentono di realizzare un mercato pulito, trasparente, equo, efficace ed efficiente»¹⁷⁶.

danno. Si veda A. MIRONE, *Verso la despecializzazione dell'Autorità antitrust. Prime riflessioni sul controllo delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 37 bis cod. cons.*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Annali AIDA*, Milano, 2013, p. 296 ss; T. RUMI, *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, in *Contratti*, 2012, p. 638 ss.

¹⁷⁵ V. V. RIZZO, *op. ult. cit.*, p. 52 ss.

¹⁷⁶ Cfr. V. RIZZO, *op. ult. cit.*, pp. 52-53. L'A. con riferimento all'inserimento del controllo amministrativo sulle clausole vessatorie evidenzia che «Il forte ampliamento dell'*enforcement* pubblico indica con chiarezza che in questo modo si intende sí tutelare in maniera più efficace il consumatore, ma che si vuole, nel contempo, garantire che il mercato permanga sgombro da pratiche vessatorie che non consentono di realizzare un mercato pulito, trasparente, equo, efficace ed efficiente. Ancóra una volta la tutela del consumatore sembra intrecciarsi con la tutela del mercato e viceversa».

Appare dunque evidente la stretta interconnessione tra vessatorietà e mercato: posto che, come in precedenza evidenziato, il problema del controllo sul regolamento contrattuale non si esaurisce nella sola questione della tutela del consumatore, sembra doveroso riflettere sulla possibilità di apprestare una tutela di carattere sostanziale, fondata sul controllo contenutistico, anche ai rapporti che non coinvolgono consumatori, ma altri contraenti deboli, a garanzia di un corretto ed equo svolgimento delle vicende negoziali, che inevitabilmente riverbera i propri effetti sul mercato.

Giunti a questo punto della trattazione, appare, quindi, opportuno analizzare, seppur brevemente, i motivi per cui al momento dell'emanazione della direttiva 93/13/CE e del suo recepimento siano stati esclusi dal controllo contenutistico i contratti tra imprenditori¹⁷⁷. Questo poiché «dentro ogni norma vi sono interessi concreti e reali che debbono essere apprezzati, soppesati e composti»¹⁷⁸, interessi che inevitabilmente incidono sulle scelte legislative e la cui analisi è essenziale nello studio disposizioni normative, divenendone parte integrante. La limitazione del controllo contenutistico ai soli contratti con i consumatori trova il proprio

¹⁷⁷ V. V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., p. 584 ss. in cui l'autore svolge un'ampia analisi finalizzata ad appurare il grado di influenza dei vari ordinamenti giuridici sulle scelte del legislatore europeo, evidenziando anche il ritardo dell'ordinamento italiano rispetto a quelli francese e tedesco in vista dell'attuazione della direttiva 93/13/CEE.

¹⁷⁸ G. ALPA, *I contratti dei consumatori*, in *Il Contratto in generale, II, Trattato dir. priv. Bessone*, Torino, 2000, p. 103. L'A. specifica «gli atteggiamenti dei giuristi non possono essere intesi come un dato di fatto ineliminabile, ma piuttosto come il portato di tradizioni e culture che debbono essere decodificate, secondo codici analitici convenzionali e appunto per questo necessariamente uniformi; gli interessi dei prestatori di lavoro, dei professionisti, dei consumatori, dei risparmiatori, le dinamiche dei mercati (interni, comunitari e internazionali) divengono perciò altrettante linee guida per l'analisi dei modelli normativi per la realizzazione di modelli uniformi».

fondamento nell'art. 3 c. cons.¹⁷⁹, che riproduce quanto previsto dall'art. 1469 *bis* c.c. di recepimento dell'art. 2, lett. b), della direttiva 93/13/CEE¹⁸⁰. Quest'ultimo articolo, come si è avuto modo di evidenziare, ha introdotto una nozione particolarmente ristretta di consumatore, escludendo le persone giuridiche e la possibilità di estendere la tutela prevista dalla normativa oggetto della presente trattazione, agli intermediari che possono trovarsi in una condizione di debolezza analoga a quella del consumatore, soprattutto ove contrattino al di fuori dell'alveo delle proprie conoscenze e competenze¹⁸¹. Il limite della direttiva, a più riprese criticato, va ricondotto alle pressioni esercitate dalle associazioni degli industriali, intenzionate ad «avere “mano libera” nei confronti delle piccole imprese che contraggono con esse»¹⁸². Nello specifico va rammentato infatti che la formulazione definitiva della direttiva comunitaria 93/13/CEE¹⁸³ è frutto di una scelta influenzata da più versanti.

¹⁷⁹ Tale articolo definisce il consumatore quale «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

¹⁸⁰ L'art. 2, lett. b), della direttiva 93/13/CEE stabilisce che per consumatore deve intendersi «qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale».

¹⁸¹ Al riguardo cfr. V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., p. 585. L'A. con riferimento all'art. 2 della direttiva 93/13/CEE evidenzia che «la sua formulazione esclude le persone giuridiche, né consente di estendere la tutela agli “intermediari” che possono trovarsi, rispetto ai produttori ed ai fornitori, in una posizione di debolezza analoga a quella del consumatore, specie ove contrattino al di fuori della loro specialità o nello stesso stato di ignoranza di qualsiasi altro consumatore».

¹⁸² In tal senso, E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 33.

¹⁸³ Per un'accurata ricostruzione dell'iter normativo che ha condotto il legislatore alla redazione del testo definitivo della direttiva 93/13/CEE in materia di clausole vessatorie si veda V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., p. 559 ss. L. A. analizza le variazioni tra le diverse versioni della direttiva evidenziando che «[...]»

Da un lato l'esigenza di creare una disciplina in grado di perseguire quelle esigenze di tutela effettiva emergenti dai vari Considerando, dall'altro le pressioni provenienti dalle *lobbies* e dalle rappresentanze dei singoli paesi¹⁸⁴, soprattutto dalla Germania. Pressioni per alcuni aspetti funzionali alla realizzazione di certi interessi economici, per altri, ad evitare che l'influenza del modello comunitario fosse tale da modificare in maniera traumatica le tradizioni giuridiche dei singoli Stati membri. Ciò, come evidenziato, emerse in maniera particolarmente accentuata in ambito tedesco. Qui la dottrina, con riferimento all'ambito di applicazione soggettivo limitato ai contratti conclusi con i consumatori, espresse aspre critiche legate al pericolo di una scissione del diritto contrattuale degli Stati membri e al problema di sacrificare alla protezione del consumatore i principi di economia di mercato¹⁸⁵. Inoltre, altri rilievi critici vennero

pur prospettandosi la Direttiva essenzialmente come forma di protezione del consumatore, emerge in maniera forte la venatura in essa presente di strumento funzionale anche alle esigenze del mercato e della concorrenza che non si trovano necessariamente in una situazione di conflittualità con la prima istanza di tutela rispetto alla quale, anzi, come a più riprese ormai osservato, numerose sono le interrelazioni. Nè va dimenticata la "naturale" attenzione prestata a questi profili dagli organismi della CEE nei loro atti normativi».

¹⁸⁴ Si pensi anche ai vari interventi degli organi consultivi come ad es. il Parere del Comitato economico e sociale del 24 aprile 1991 e a quello del Parlamento europeo del 20 novembre 1991, con riferimento alla Proposta del 1990, oppure al Parere del Parlamento europeo del 16 dicembre 1992.

¹⁸⁵ Sul punto si veda V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., p. 571, il quale con riferimento alla aspre critiche espresse dalla dottrina tedesca con riferimento alla Proposta del '90, ha segnalato che « (...) la restrizione della tutela soltanto nei confronti del consumatore, lascerebbe intravedere il pericolo di una indesiderata scissione del diritto contrattuale degli Stati membri, finora unitario secondo il modello degli ordinamenti giuridici socialisti che conosce la rigorosa ripartizione tra diritto dei consumi e diritto dell'economia (con una forte limitazione dell'autonomia privata nell'ambito del primo e non del secondo). (...). Permetterebbe, in questo modo, irrisolto il particolare problema che emerge da un'analisi dei rapporti all'interno dell'intera catena di distribuzione, che va dal produttore al consumatore finale, ove gli intermediari (piccole e medie imprese,

espressi con riferimento all'ambito di applicazione oggettivo. La Proposta iniziale estendeva il controllo anche alle clausole oggetto di trattativa individuale e sul punto si avvertiva il pericolo di una «drastica limitazione dell'autonomia privata»¹⁸⁶ e delle funzioni alla stessa assegnate in un'economia di mercato, in cui si evidenziava anche che sono i contraenti a determinare autonomamente le prestazioni principali. Le osservazioni della dottrina condurranno a numerose modifiche dell'iniziale Proposta di direttiva¹⁸⁷, ad una sua seconda versione nel 1992¹⁸⁸ per poi giungere al testo definitivo, approvato il 5 aprile 1993. L'*iter* che ha condotto all'emanazione della direttiva, fornisce così l'idea di un testo normativo che può definirsi di compromesso, un testo che fa emergere chiaramente la particolare attenzione prestata dal legislatore comunitario alla legge tedesca e, seppur in maniera più lieve, a quella francese¹⁸⁹.

dettaglianti) sarebbero tenuti a garantire al consumatore la protezione prevista dalla Direttiva, senza poter invocare essi stessi la medesima protezione nei confronti del produttore o del fornitore».

¹⁸⁶ Motivo per cui la dottrina tedesca si oppose fortemente alla sottoposizione al giudizio di vessatorietà delle clausole negoziate individualmente. Sul punto Cfr. H.E. BRANDNER e P. ULMER, *The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission*, in *Common Market Review*, 1991, p. 652 s., in cui si evidenzia l'incompatibilità del controllo esteso alle clausole negoziate individualmente con il principio di autonomia privata e con il funzionamento dell'economia di mercato.

¹⁸⁷ Si tratta della Proposta del 24 luglio del 1990 reperibile in G.U.C.E. *Comunicazioni e informazioni*, C 243, 28 settembre 1990.

¹⁸⁸ È la proposta del 5 marzo 1992, reperibile in G.U.C.E. *Comunicazioni e informazioni*, C 73, 24 marzo 1992.

¹⁸⁹ E. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in AA. VV., *Clausole abusive e direttiva comunitaria. Atti del Convegno di Napoli del 28 maggio 1993*, Napoli, 1994, p. 85, che paragona la direttiva 93/13/CEE a «un corpo tedesco con qualche abito francese».

CAPITOLO II

IL GIUDIZIO DI VESSATORIETÀ TRA CODICE CIVILE E CODICE DEL CONSUMO

SOMMARIO: 1. La disciplina delle clausole abusive nel Codice Civile. – 2. Gli artt. 1341 e 1342 c.c. nell'interpretazione delle Corti. – 3. La direttiva 93/13/CEE e i suoi motivi ispiratori. – 4. Il recepimento della direttiva 93/13/CEE. – 4.1. *Segue*. Le modifiche apportate all'articolo 1469 *bis* c.c. a seguito del recepimento della direttiva 93/13/CEE. – 4.2. *Segue*. Le modifiche apportate all'articolo 1469 *quater*, comma 2, c.c. e all'art. 1469 *quinquies*, comma 5 c.c. – 4.3. *Segue*. L'omissione della «raccomandazione» nell'art. 1469 *sexies* c.c. – 5. La disciplina delle clausole abusive ed il Codice del Consumo. - 6. Il rapporto tra la disciplina delle clausole abusive di cui al Codice del consumo e gli artt. 1341 e 1342 del Codice Civile. - 7. Il concetto di «clausola vessatoria» alla luce dell'art. 33 c. cons.: la buona fede. - 7.1. *Segue*. La clausola generale di cui al comma 1, dell'art. 33 c. cons. - 7.2. *Segue*. Il significativo squilibrio. - 8. I criteri di accertamento della vessatorietà della clausola ai sensi dell'art. 34 c. cons.

1. La disciplina delle clausole abusive nel Codice Civile.

Con la disciplina delineata dagli artt. 1341 e 1342 del Codice Civile, l'Italia è stata il primo paese europeo a dettare disposizioni per la regolamentazione della contrattazione standardizzata¹⁹⁰. Al riguardo, il sistema normativo delineato dal Codice Civile si basa sul principio tradizionale di uguaglianza formale tra i contraenti, che si riflette sulla

¹⁹⁰ Ci si riferisce alle «condizioni generali di contratto» o «contratti di adesione». La giurisprudenza equipara tali locuzioni ritenendo che, nonostante la diversità delle rubriche degli artt. 1341 e 1342 c.c., essi disciplinino lo stesso fenomeno, come emerge dalla terminologia utilizzata, in larga parte coincidente. In relazione ai contratti di adesione e agli abusi connessi alla loro diffusione nell'ordinamento giuridico spagnolo V. L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, V ed., Vol. 1, Madrid, 1996, p. 350.

disciplina sostanziale e in particolar modo, per quanto interessa ai fini di questa trattazione, sulla normativa delle clausole abusive. L'art. 1341 c.c. prevede, infatti, nei contratti per adesione¹⁹¹, cioè contratti in cui non vi è trattativa tra le parti e le condizioni sono poste unilateralmente dal proponente, un rimedio formale per legittimare clausole che altrimenti sarebbero inefficaci, consistente nella loro necessaria specifica sottoscrizione: una clausola contrattuale sarà dunque efficace, anche se vessatoria, nel momento in cui vi sia la sottoscrizione del soggetto che la subisce¹⁹². L'inefficacia di una clausola vessatoria, quindi, secondo l'articolato del Codice Civile, può essere superata attraverso un adempimento formale a prescindere dal contenuto della clausola e a prescindere dai soggetti che perfezionano il rapporto contrattuale. Nello specifico, il primo comma dell'art. 1341 c.c. dispone che «Le condizioni

¹⁹¹ La giurisprudenza qualifica «per adesione» quei contratti predisposti unilateralmente da un contraente e destinati a regolare in modo uniforme una serie indefinita di rapporti, sia dal punto di vista sostanziale – laddove le clausole siano predisposte da un contraente che espliciti attività contrattuale all'indirizzo di una pluralità indifferenziata di soggetti – sia dal punto di vista formale – ove, dato l'utilizzo di moduli o formulari, il contenuto delle clausole sia predeterminato. Sul punto v., *ex multis*, Cass., 15 aprile 2015, n. 7605 e Cass., 14 aprile 2016, n. 7403 in *DeJure on line*. Più recentemente, Cass., 19 marzo 2018, n. 6753, *ivi*, che evidenzia che «possono qualificarsi come contratti "per adesione", rispetto ai quali sussiste l'esigenza della specifica approvazione scritta delle clausole vessatorie, soltanto quelle strutture negoziali destinate a regolare una serie indefinita di rapporti, tanto dal punto di vista sostanziale (se, cioè, predisposte da un contraente che espliciti attività contrattuale all'indirizzo di una pluralità indifferenziata di soggetti), quanto dal punto di vista formale (ove, cioè, predeterminate nel contenuto a mezzo di moduli o formulari utilizzabili in serie), mentre esulano da tale categoria i contratti predisposti da uno dei due contraenti in previsione e con riferimento ad una singola, specifica vicenda negoziale, rispetto ai quali l'altro contraente può, del tutto legittimamente, richiedere ed apportare le necessarie modifiche dopo averne liberamente apprezzato il contenuto, nonché, a maggior ragione, quelli in cui il negozio sia stato concluso a seguito e per effetto di trattative tra le parti».

¹⁹² Si veda G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, IV, t, 2, Torino, 1980, p. 146 ss.

generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle utilizzando l'ordinaria diligenza». Tale disposizione tutela l'aderente imponendo un duplice onere: da un lato, infatti, grava sul predisponente rendere conoscibili, nei modi più idonei, alla controparte le clausole contrattuali; dall'altro lato, l'altro contraente è tenuto ad accertare, utilizzando l'ordinaria diligenza, la sussistenza e il contenuto delle clausole uniformi¹⁹³. Di conseguenza, ove le clausole uniformi predisposte da un contraente non siano conosciute, né conoscibili alla controparte, saranno inefficaci ai sensi del primo comma dell'art. 1341 c.c. Quest'ultimo aspetto della disciplina codicistica sulle clausole abusive assume particolare rilievo, visto che essa si rivolge alla tecnica della negoziazione e, in particolar modo, alle condizioni generali di contratto, senza tener conto delle qualità soggettive delle parti¹⁹⁴. L'efficacia delle clausole contenute in un contratto predisposto per una pluralità di stipulazioni è, pertanto, subordinata alla effettiva conoscenza del loro contenuto da parte dell'aderente, salvo che la mancata conoscenza discenda da un comportamento negligente di quest'ultimo. La *ratio* della disposizione non risiede esclusivamente nella volontà di tutelare la parte

¹⁹³ G. MIRABELLI, *o.u.c.*, p. 138, ritiene che l'onere di conoscibilità incombente sul predisponente è preliminare a quello che grava sull'aderente.

¹⁹⁴ In dottrina vi è chi ritiene che l'art 1341 debba essere interpretato nella prospettiva della tutela della parte debole del contratto v. E. CESÀRO, *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, Padova, 1997, p. 75 ss. Altri autori invece non condividono tale impostazione, v. V. RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., p. 495, il quale partendo dal presupposto che la disciplina si applica anche ai rapporti in cui vi sia una sostanziale parità di forza economica e contrattuale delle parti, sostiene che l'interpretazione non deve basarsi sul filtro del contraente debole. V. S. ORLANDO, *Sub art. 1341*, in G. BONILINI e M. CONFORTINI, *Codice civile commentato*, Milano, 2012, p. 2948, il quale precisa che la principale finalità della norma non è di tutelare la parte debole del contratto, ma è di garantire che le clausole vessatorie siano oggetto di contrattazione e di approvazione tra i contraenti.

più debole, ma nell'esigenza di garantire la contrattualità effettiva delle clausole inserite nelle condizioni generali di contratto¹⁹⁵. Il secondo comma del medesimo articolo, invece, elenca una serie di clausole da ritenersi vessatorie e quindi inefficaci in mancanza di specifica approvazione scritta della controparte¹⁹⁶. Esso dispone che «In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificatamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sancire a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria». Per tali clausole tassativamente¹⁹⁷ individuate dal

¹⁹⁵ V. MARICONDA, *Sub art. 1341 c.c.*, in G. ALPA e V. MARICONDA (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, Milano, 2017, p. 97.

¹⁹⁶ A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, p. 56 ss.; P. PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina del c.d. condizioni generali di contratto*, in *Atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania 17-18 maggio 1969*, Milano, 1970, p. 21 ss.

¹⁹⁷ In merito alla tassatività delle clausole di cui al secondo comma dell'art. 1341 c.c., la giurisprudenza, pur incline ad una interpretazione estensiva della norma, è costante nel ritenere l'elenco tassativo. Da ultimo la tassatività viene ribadita dalla Corte di Cassazione nella sentenza, Cass., 17 ottobre 2008, n. 25361, in *DeJure on line*. Nel caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte, la stessa, ha escluso il carattere vessatorio della clausola di reviviscenza contenuta nell'atto di fideiussione ribadendo il carattere tassativo dell'art. 1341 c.c. ed affermando che «La clausola in questione, pur inserita in un modulo contrattuale di serie, non può dirsi vessatoria, previa riconduzione all'elenco tassativo di cui al secondo comma, nel novero delle limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni» in quanto la portata della clausola «non è affatto quella di inibire l'eccezione di pagamento da parte del debitore principale (come avviene ad esempio per la garanzia "a prima richiesta", salvo il limite dell'*exceptio doli*); bensì, di identificare l'oggetto dell'obbligazione fideiussoria come tuttora riferibile al rapporto principale, posto che questo non si è definitivamente estinto con un pagamento valido ed irrevocabile. Questa corte ha già affermato (Cass., sez. I, 8 febbraio 2008, n. 3011) che la clausola in questione è destinata ad operare proprio

legislatore è necessaria, quindi, una apposita sottoscrizione in aggiunta alla generica manifestazione di volontà relativa all'accettazione del contratto nel suo complesso. L'espressa approvazione scritta della controparte contrattuale si sostanzia in un onere imposto a prescindere da qualunque valutazione soggettiva, per clausole che derogano a norma dispositive poste a contemperamento di opposti interessi, al fine di evitare un'alterazione del sinallagma contrattuale. Affinchè venga soddisfatto il requisito della specifica approvazione, la giurisprudenza ha affermato il principio della specificità e della separatezza della sottoscrizione delle clausole onerose: occorre, cioè, che quest'ultime siano chiaramente ed autonomamente evidenziate dal predisponente e che l'aderente le abbia specificamente ed autonomamente sottoscritte¹⁹⁸. Di conseguenza, il richiamo in blocco di tutte le condizioni generali di contratto - ivi comprese quelle vessatorie - e la sottoscrizione del relativo elenco numerico sono inidonei a determinare l'efficacia delle clausole vessatorie¹⁹⁹. Si ritiene, per converso, sufficiente ad escludere l'inefficacia

quando l'adempimento sia stato dichiarato inefficace; e quindi su un piano diverso da quello della limitazione dell'ordinaria eccezione di pagamento. Non è dunque applicabile estensivamente ad essa la disciplina di cui all'art. 1341 c.c., nè tanto meno consentita l'affermazione di vessatorietà in via analogica, data la natura eccezionale della norma».

¹⁹⁸ V., *ex multis*, Cass., 20 marzo 2010, n. 6802, in *DeJure on line*.

¹⁹⁹ Al riguardo, recentemente, la Suprema Corte ha affermato che «la sottoscrizione in calce con un'unica firma di tutte le clausole contrattuali in blocco, identificate con il numero dell'articolo da 1 a 17, includenti anche clausole non vessatorie, atteso il consolidato principio di diritto enunciato da questa Corte secondo cui l'esigenza di specificità e separatezza imposta dall'art. 1341 c.c., non è soddisfatta mediante il richiamo cumulativo numerico e la sottoscrizione indiscriminata di tutte o di gran parte delle condizioni generali di contratto, solo alcune delle quali siano vessatorie, atteso che la norma richiede, oltre alla sottoscrizione separata, la scelta di una tecnica redazionale idonea a suscitare l'attenzione del contraente debole sul significato delle clausole, a lui sfavorevoli, comprese tra quelle specificamente approvate», Cass., sez. VI, 6 dicembre 2017, n. 29268, in *DeJure on line*. Cfr. Cass., 31 ottobre 2016, n. 22026, *ivi*, che ribadisce «L'esigenza di specificità e separatezza imposta

delle clausole vessatorie ai sensi del secondo comma dell'art. 1341 c.c. l'apposizione di una seconda sottoscrizione di seguito all'elenco delle clausole da approvare, purchè non si tratti di un'accettazione generica, posto che l'art. 1341 c.c. impone specificità e separatezza.

L'art. 1342 c.c. disciplina l'inserimento delle clausole all'interno di contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, fissando la regola che, in caso in cui vi siano clausole aggiuntive al modulo, queste prevalgano sulle clausole predisposte ove incompatibili. Ciò si giustifica in quanto si deve ritenere che una clausola aggiunta presuppone che vi sia stata una contrattazione tra le parti e, di conseguenza, ciò porta ad attribuire alla stessa prevalenza rispetto alla clausola già presente nel modulo²⁰⁰. Nella disposizione, inoltre, è espressamente prevista l'applicabilità del comma 2 dell'art. 1341 c.c. e di conseguenza anche nella contrattazione con moduli o formulari, potrà

dall'articolo 1341 c.c. non può ritenersi soddisfatta mediante il richiamo cumulativo numerico e la distinta sottoscrizione di gran parte delle condizioni generali di contratto, effettuato con modalità tali da rendere difficoltosa la selezione e la conoscenza di quelle a contenuto vessatorio, in quanto la norma richiede non solo la sottoscrizione separata ma anche la scelta di una tecnica redazionale idonea a suscitare l'attenzione del sottoscrittore sul significato delle clausole specificamente approvate». Cfr. Cass., 31 ottobre 2016, n. 22026, *ivi*, in cui si ribadisce l'orientamento della Suprema Corte in merito alla necessaria idoneità della tecnica redazionale utilizzata per le clausole vessatorie a suscitare l'attenzione del sottoscrittore affinché si possa affermare la specifica approvazione per iscritto delle stesse. Cfr. Cass., 29 febbraio 2008, n. 5733, *ivi*.

²⁰⁰ Tuttavia va tenuto in considerazione che la prevalenza dei patti aggiunti consacrata dall'art. 1342 c.c. non può prescindere dalla necessità di interpretare le condizioni generali in modo conforme al complesso di accordi che compongono il regolamento del singolo contratto. Ciò in quanto, come rilevato da autorevole dottrina, cfr. V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Camerino-Napoli, 1983, p. 253 ss. «gli accordi individuali non esistono di per se stessi ma sono in genere formulati in modo da raccordarsi, in maniera esplicita o implicita, con le condizioni generali, quando non siano addirittura rivolti ad apportare ad esse delle modificazioni».

realizzarsi l'esclusione di vessatorietà della clausola contrattuale con la sua specifica approvazione scritta.

2. Gli artt. 1341 e 1342 c.c. nell'interpretazione delle Corti.

Alla luce degli articoli del Codice civile appena analizzati, si può facilmente ricavare che la tutela da essi delineata si applica indistintamente ai contratti tra imprese, tra consumatori, contratti tra consumatori e professionisti, e anche, alla pubblica amministrazione. Si è già posto in evidenza che essi apprestano una tutela meramente formale del contraente debole, basata sulla semplice conoscibilità delle clausole unilateralmente predisposte e sulla specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose. Tale tipo di tutela, che poteva essere sufficiente in una società prevalentemente agricola, quale quella italiana del primo dopoguerra, ha dimostrato, con l'evolversi dei tempi e con l'avvento di una nuova realtà economica, tutto il suo anacronismo: da un lato, le nuove dinamiche di scambio hanno portato alla nascita del c.d. mercato di massa, fenomeno, che si traduce sul piano giuridico, nella predisposizione di schemi negoziali uniformi, rivolti ad un numero indeterminato di possibili contraenti, i quali sono pertanto chiamati a prestare semplicemente il proprio consenso ad una regolamentazione già definita dalla controparte, generalmente dotata di maggior esperienza e professionalità, oltre che di un potere economico e negoziale superiore. Dall'altro lato, gli schemi negoziali nascenti dallo sviluppo del mercato di massa «hanno reso il consumatore particolarmente debole a fronte di moduli contrattuali difficilmente comprensibili per chi non abbia una conoscenza specialistica»²⁰¹. Il passaggio del consumatore, da acquirente individuale in un piccolo mercato a semplice unità numerica in un mercato di massa ha posto in rilievo l'inadeguatezza della tutela meramente formale apprestata dagli artt. 1341 e 1342 c.c., le cui

²⁰¹ V. M. DONA, *Consumatori oggi tra liberalizzazioni e class-action*, Atti del Premio Vincenzo Dona 2007, Milano, 2008, p. 150.

potenzialità di tutela hanno subito un ridimensionamento anche a causa della linea interpretativa particolarmente restrittiva adottata dalla giurisprudenza. La prassi applicativa registra pochissimi casi di decisioni rese sulla base del primo comma dell'art. 1341 c.c. e la dottrina, a più riprese, ha sottolineato l'inadeguatezza delle posizioni assunte dalle Corti in ordine al requisito di conoscibilità prescritto dall'art. 1341 c.c. per la validità delle condizioni generali di contratto²⁰². La Corte di Cassazione, ad esempio, ha ritenuto conoscibili le condizioni generali di contratto se il documento nel quale sono contenute è a disposizione del cliente, malgrado ciò possa richiedere un certo sforzo per la complessità, per la lunghezza e le dimensioni dei caratteri con cui dette clausole sono redatte, decretandone la validità anche se il predisponente si accorge che l'aderente non ne ha preso conoscenza²⁰³. Se da un lato, il predisponente deve quindi provare di aver posto in essere un'attività idonea a consentire la conoscenza del contenuto del contratto da parte dell'aderente, dall'altro lato si grava

²⁰² Cfr. V. RIZZO, *La disciplina del codice civile sulle condizioni generali di contratto e la tutela dell'aderente-consumatore: sua insufficienza*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2004, p. 201. L'A. evidenzia l'inidoneità del sistema delineato dagli artt. 1341 e 342 c.c. ad assicurare una tutela effettiva «non riuscendo neanche a garantire l'“effettività” e la “consapevolezza” del consenso dell'aderente. Lo strumento della specifica approvazione, d'altra parte, come più efficace strumento di protezione, si rivela bene presto illusorio riuscendo il predisponente sempre ad imporre una seconda firma su un documento che l'aderente abitualmente non legge e che comunque, in genere, non riesce a modificare, producendo, paradossalmente, un effetto di “legittimazione” della pratica delle clausole vessatorie». L'A. così evidenzia la necessità dell'impiego di «controlli sostanziali e di un giudizio di meritevolezza del contenuto con la possibilità di fare riferimento a principi (anche costituzionali) e a clausole generali (quali la buona fede, l'equità e l'ordine pubblico) idonei a garantire un regolamento equo sotto il profilo contenutistico e all'attivazione, da altro lato, di controlli collettivi che assumano ad oggetto, non tanto il contratto già concluso, ma le condizioni generali prima, o comunque, a prescindere dalla conclusione di specifici contratti e, dunque, piuttosto l'“attività” (dell'impresa) che i singoli “atti”».

²⁰³ Cass. 30 novembre 1950, n. 2672, in *DeJure on line*.

l'aderente di un onere di diligenza nel procurarsi la conoscenza delle clausole suddette²⁰⁴. Per quanto riguarda invece l'applicazione del secondo comma del precetto in parola, le Corti hanno adottato una linea interpretativa tale da ridurre l'operatività. Fin dalle prime pronunce la giurisprudenza ha, infatti, escluso l'interpretazione analogica delle menzionate clausole²⁰⁵, ammettendo esclusivamente un'interpretazione estensiva delle stesse²⁰⁶. In tal modo, si è assistito ad una vanificazione delle potenzialità del secondo comma dell'art. 1341 c.c. Ciò è la conseguenza non solo dell'interpretazione che ha inciso sull'ambito di applicazione della norma, limitato, appunto, alle poche clausole indicate

²⁰⁴ Emblematica è la recente sentenza Cass., 12 febbraio 2018, n. 3307, in *DeJure on line*, in cui, in relazione ad un contratto di utenza telefonica la Suprema Corte ha stabilito che la clausola vessatoria illeggibile è comunque valida se sottoscritta dal contraente debole senza richiederne una copia leggibile, affermando che «in materia di contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in modo uniforme determinati rapporti, la clausola con cui si stabilisce una deroga alla competenza territoriale ha natura vessatoria e deve essere, ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c., approvata espressamente per iscritto. Qualora la medesima risulti scarsamente o per nulla leggibile, sia perché il modello è in fotocopia sia perché caratteri grafici sono eccessivamente piccoli, il contraente debole può esigere dalla controparte che gli venga fornito un modulo contrattuale pienamente leggibile; ma, ove ciò non abbia fatto, non può lamentare in sede giudiziale di non aver rettammente compreso la portata della suddetta clausola derogatoria».

²⁰⁵ Orientamento, conforme peraltro, alle indicazioni contenute nella Relazione del Guardasigilli, che attribuiva carattere tassativo alla elencazione di cui al comma secondo dell'art. 1341 c.c.

²⁰⁶ Cass., 3 novembre 1987, n. 8062, in *DeJure on line* che nel ribadire la tassatività delle ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 1341 c.c., ammette un'interpretazione estensiva delle stesse solo quando l'ipotesi non prevista in detta norma sia accomunata a quelle espressamente contemplate dalla medesima *ratio*, cioè dall'esigenza di tutela del contraente per adesione in situazioni per lui particolarmente sfavorevoli. Orientamento ribadito più recentemente da Cass. 27 aprile 2007 n. 9646, in *Contratti*, 2007, p. 17; Cass. 23 novembre 2001 n. 14912, *ivi*, 2002, p. 329; Cass., 23 novembre 2001, n. 14912; Cass., 9 luglio 2009, n. 16124 entrambe in *DeJure on line*, ove la Suprema Corte muovendo dalla qualificazione come norma eccezionale della disposizione contenuta nel comma 2 dell'art. 1341 c.c., ribadisce la tassatività dell'elenco *ivi* inserito.

espressamente della legge, ma anche – e soprattutto – della precisazione dei presupposti necessari perché possa ritenersi soddisfatto il requisito della doppia sottoscrizione, cui è affidata la tutela dell'aderente. Al riguardo, inevitabile appare il riferimento all'orientamento maggioritario in giurisprudenza della sufficienza di un'unica «seconda» sottoscrizione apposta alla dichiarazione di approvazione delle singole clausole considerate vessatorie e valevole per tutte le clausole richiamate nella dichiarazione stessa, escludendo che le clausole debbano essere singolarmente approvate con apposita sottoscrizione apposta a ciascuna di esse. In base a questo orientamento, la prima sottoscrizione avrebbe la funzione di imputare la dichiarazione all'aderente, la seconda servirebbe, invece, a richiamare l'attenzione dello stesso, su disposizioni per questo particolarmente gravose. Seppur con qualche oscillazione, inoltre, la giurisprudenza afferma la validità del cosiddetto richiamo in forma numerica, ossia della identificazione delle clausole sottoposte ad approvazione specifica esclusivamente attraverso l'indicazione di un numero di riferimento²⁰⁷. A ciò si aggiunga la conclamata irrilevanza delle

²⁰⁷ Si veda, in particolare, Cass. 11 febbraio 1980, n. 965, in *DeJure on line*, la quale evidenzia che «l'esigenza che il contraente in adesione abbia avuto conoscenza delle clausole onerose e le abbia espressamente approvate si può ritenere soddisfatta quando il contraente, con una specifica dichiarazione, anche predisposta a stampa o dattiloscritta, abbia accettato dette clausole, facendovi riferimento sia pure con la semplice indicazione del numero d'ordine con cui esse sono inserite nel testo»; Cass., 25 agosto 1989, n. 3756, *ivi*, che afferma «Riguardo al problema se può valere, ai fini della seconda sottoscrizione, il richiamo soltanto numerico delle clausole vessatorie, questa Corte conferma il prevalente indirizzo giurisprudenziale, nel senso di considerare valido anche il solo richiamo numerico, purché esso sia non generico e indistinto, ma specifico, essendo sufficiente ciò per ritenere assolto quell'obbligo di approvazione autonoma che presuppone da un lato una apposita sottoscrizione, diversa da quella apposta al contratto, dall'altra l'individuazione, mediante idonea indicazione, delle clausole approvate». E più recentemente, Trib. Reggio Emilia, 7 luglio 2017, n. 718, *ivi*, che dispone che «In caso di condizioni generali di contratto, l'obbligo della specifica approvazione per iscritto a norma dell'art.

dimensioni e del rilievo dei caratteri di stampa utilizzati per le clausole in oggetto. Giova ricordare l'atteggiamento fortemente critico assunto dalla dottrina²⁰⁸ nei confronti del sistema di tutela disegnato dal Codice Civile e verso l'interpretazione dello stesso da parte della giurisprudenza. Il sistema delineato degli artt. 1341 e 1342 c.c. viene infatti considerato troppo angusto²⁰⁹ e condizionato dai principi dell'autonomia contrattuale e dell'unicità del soggetto di diritto. Dall'altro lato, la giurisprudenza viene

1341 c.c. della clausola vessatoria è rispettato anche nel caso di richiamo numerico a clausole, onerose e non, purché non cumulativo»

²⁰⁸ Si veda G. ALPA, M. BESSONE e C.M. BIANCA, *I contratti Standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1991 e C.M. BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, Milano, 1981.

²⁰⁹ Al riguardo osserva V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 910 ss. «È facile che l'aderente, di fronte alla formula che richiama le clausole onerose, firmi meccanicamente senza leggerle e valutarle. Anche ammesso che le legga, le valuti e le contesti, ben difficilmente ne otterrà la modifica dal predisponente: se è molto tenace e orgoglioso, potrà rinunciare al contratto e rivolgersi a un altro fornitore; ma è facile che ovunque vada, egli s'imbatta nelle stesse condizioni standard, di fatto non modificabili. Quella dell'art. 1341 è, in definitiva, una protezione formale e non stanziale: non impedisce che nei contratti predisposti entrino clausole svantaggiose per gli aderenti, parte debole del rapporto». In relazione alla disciplina dei contratti del consumatore l'A. evidenzia che essa «offre una tutela sostanziale, in questo senso: le clausole unilateralmente predisposte che, per il loro contenuto, aggravano in modo notevole la posizione dell'aderente, sono senz'altro non vincolanti per l'aderente stesso, a prescindere da qualsiasi dato formale (siano conosciute o meno, conoscibili o meno, approvate per iscritto o meno)». Del medesimo avviso è R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni. Corso di diritto civile*, Padova, 2003, p. 79 ss. «In tema di condizioni generali di contratto gli artt. 1341 e 1342 hanno previsto - come unica garanzia contro l'eventuale lesività non solo e non tanto del prezzo, quanto delle clausole predisposte da uno dei contraenti e della complessiva regolamentazione che ne deriva - il solo diritto dell'aderente di essere posto in condizione di venirne a conoscenza (art. 1341, comma 1). L'eventuale esosità del corrispettivo non è neppure menzionata, mentre la protezione contro le clausole eccessivamente onerose è stata affidata ad un adempimento meramente formale (la specifica approvazione scritta di cui all'art. 1341, comma 2). Trattasi di protezione del tutto insufficiente, non avendo l'interessato alcuna possibilità di modificare o di eliminare le clausole particolarmente gravose, com'è ora previsto dalla disciplina dei contratti dei consumatori (art. 1469 *bis* ss. c.c.)».

accusata di essere eccessivamente vincolata ai ristretti confini di tali norme e non in grado di individuare sistemi di controllo più efficaci, anche appellandosi al Codice Civile o alla Costituzione. E così, la dottrina, facendo leva su un'interpretazione della norma giuridica in grado di rispondere alle nuove istanze di tutela emergenti da una realtà economico-sociale sostanzialmente mutata rispetto al periodo storico di emanazione del Codice Civile, inizia a rivendicare la rilevanza della figura del consumatore, cercando di fondare, pur in assenza di puntuali riferimenti positivi, uno statuto del consumatore. A partire dagli anni '70, su influenza dell'esperienza giuridica statunitense, le istituzioni degli Stati europei cominciarono ad interessarsi alla posizione del consumatore, non più visto come soggetto paritario nel rapporto contrattuale: inizia a farsi strada l'idea del consumatore quale soggetto debole rispetto al professionista e, di conseguenza, l'idea dello stesso quale destinatario di una specifica tutela. Ciò ebbe una ripercussione sulla disciplina delle clausole abusive che venne, di conseguenza, riformata²¹⁰. Accanto alla normativa di protezione dell'aderente, caratterizzata dall'individuazione dell'abusività delle clausole solo nei contratti predisposti unilateralmente, viene ad esistenza una disciplina particolare a tutela del consumatore, riconoscendo ipotesi di abusività anche in altre forme di negoziazione²¹¹. Infatti, nel periodo che va dagli anni '70 agli anni '80, in varie esperienze giuridiche europee si formano delle normative di controllo sulle clausole contrattuali, che si estendono anche agli accordi perfezionati a seguito di trattativa individuale, non limitandosi dunque alle contrattazioni standardizzate. Si assiste, dunque, ad una svolta. L'intervento dei legislatori e dei giudici si

²¹⁰ In realtà in Italia la dottrina già da tempo richiamava la giurisprudenza ad una maggiore attenzione sul controllo del contenuto contrattuale, tramite i principi generali quali la buona fede e l'equità. A tal proposito v. S. RODOTÀ, *Il controllo sulle condizioni generali di contratto*, in G. AMATO, S. CASSESE e S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972, p. 239 ss.

²¹¹ V. RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., p. 78.

estende al controllo sul contenuto del contratto, coinvolgendo, quindi, un campo fino ad allora a loro estraneo. Come già ricordato, infatti, in precedenza i sistemi giuridici si connotavano per un'assoluta centralità del principio di autonomia della volontà. Questo si diramava in due corollari quali, la libertà e l'uguaglianza: partendo dal presupposto che i contraenti regolano i propri rapporti in posizione di parità, avendo la libertà di scegliere se sottoporsi o meno al vincolo contrattuale, si concludeva che l'accordo che ne scaturiva, ove non contrario all'ordine pubblico ed al buon costume, fosse del tutto legittimo. Con il cambio di prospettiva, per cui i contraenti non sono più visti sempre e comunque in posizione di parità contrattuale, si modifica il punto cruciale che aveva caratterizzato la materia, favorendo l'intervento delle istituzioni sul contenuto del contratto, in modo tale da garantire l'equilibrio delle posizioni asimmetriche²¹².

Quanto esposto rende evidente che l'evoluzione socio-economica ha reso le disposizioni di cui al Codice civile (art. 1341 e 1342) deboli sul piano di tutela. Esse si fanno espressione delle logiche sottese all'economia corporativa e sono il riflesso del ruolo che in quel contesto storico veniva attribuito all'attività imprenditoriale, pubblica e privata. Un ruolo che però ha subito delle modifiche di fronte alle quali il legislatore non poteva rimanere inerme. Così dietro le spinte del diritto comunitario che muove dalla riconosciuta esistenza di diversi mercati, organizzati su base nazionale, e che mira ad orientarne il funzionamento nella direzione del superamento dei confini interni verso una dimensione unitaria, si cerca di dare una risposta a quelle nuove istanze di tutela portate alla luce dall'evoluzione economica. Va tenuto presente che la prospettiva del legislatore comunitario è ben diversa da quella adottata dal legislatore del Codice civile. Si è infatti superata la dimensione bilaterale del contratto e si

²¹² U. RUFFOLO, *Le clausole vessatorie, abusive, inique e la ricodificazione degli artt. 1469 bis-1469 sexies c.c.*, cit., p. 20 ss., in cui si evidenzia il passaggio dall'eguaglianza formale a quella sostanziale finalizzato a garantire una maggior tutela del contraente debole.

guarda a questo come «strumento di conformazione degli assetti di mercato»²¹³. Di conseguenza, centrale diviene l'attenzione sul ruolo che il contraente effettivo o potenziale può giocare sul mercato di riferimento e sul funzionamento di quest'ultimo. Se dunque, si guarda non tanto al singolo contraente e agli interessi che persegue tramite il contratto, ma anche – e soprattutto – ai riflessi che il suo operare produce sugli assetti del mercato, la tutela, meramente formale di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., appare di limitata utilità. Lungo tali direttrici si è mosso il legislatore comunitario con l'emanazione della direttiva 93/13/CEE.

3. La direttiva 93/13/CEE e i suoi motivi ispiratori.

In ambito europeo si assiste, a partire dagli anni '70, ad una spaccatura tra gli ordinamenti dei vari Stati membri sul tipo di misura adottata per il controllo del contenuto contrattuale: in alcuni la valutazione di abusività si estende anche alle clausole oggetto di trattativa individuale, mentre in altri si restringe il controllo alle sole clausole predisposte unilateralmente²¹⁴. La direttiva 93/13 CEE, in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, ha accolto quest'ultima impostazione, non senza difficoltà. Se si analizza l'*iter* che ha portato all'emanazione della direttiva, si può cogliere che le principali complicazioni risiedevano nello scegliere lo strumento più adatto a garantire un bilanciamento tra l'esigenza di tutela della parte debole del contratto - che nel caso specifico è il consumatore - e il rispetto del principio di autonomia contrattuale. Nella prima versione del '90, la direttiva si sarebbe dovuta applicare in maniera indistinta sia alle

²¹³ A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 95 ss.

²¹⁴ V. RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., p. 592 s. L'Autore sottolinea che la negoziazione individuale non elimina il rischio di pregiudizio per il consumatore, anzi il fatto di escludere l'accertamento di abusività alle clausole contrattate individualmente fa scaturire il pericolo di elusione delle forme di controllo attraverso l'utilizzo dell'accordo individuale.

clausole standard, sia a quelle negoziate individualmente. Successivamente, l'idea originaria è stata modificata, proponendosi di costruire una disciplina differenziata tra le due tipologie di clausole, per poi arrivare alla versione definitiva, che restringe il suo campo di applicazione alle sole clausole che non sono state oggetto di trattativa individuale nei rapporti tra professionista e consumatore. La direttiva ha dunque accolto una forma di controllo più tenue rispetto a quella già adottata in alcuni Stati membri. La scelta è stata condizionata principalmente dalle forti pressioni provenienti da alcuni Stati e gruppi imprenditoriali. I primi preoccupati per l'eccessiva sottrazione di sovranità che avrebbe portato una scelta differente, soprattutto per il fatto che un controllo sull'abusività delle clausole contratte individualmente, avrebbe ristretto eccessivamente il principio cardine di libertà contrattuale riconosciuto in tutti gli Stati membri²¹⁵. I secondi preoccupati per l'introduzione di una normativa che sarebbe stata eccessivamente restrittiva nei loro confronti.

La direttiva n. 93/13/CEE rappresenta la minima parte, seppur particolarmente significativa nella prospettiva della tutela contraente debole, di una complessa trasformazione politica-legislativa che si va delineando in sede comunitaria. Con l'istituzione dell'Unione europea e del mercato unico, infatti, si è cercato di realizzare, in modo concreto, uno «spazio senza frontiere», sia dal punto di vista commerciale che giuridico, nel quale merci, persone, servizi e capitali possono liberamente circolare, venendo sottoposte in ciascun Paese membro dell'Unione Europea alle medesime regole e norme di tutela. Con l'istituzione di un mercato unico si è cercato di avviare un processo di armonizzazione ed unificazione della disciplina relativa ai contratti, un processo frutto, da un lato, degli studi di

²¹⁵V. RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., p. 567; tutto ciò viene illustrato anche nella Relazione introduttiva al disegno di legge al Senato presentato da alcuni senatori, tra cui Pietro Perlingieri, per l'attuazione della direttiva 93/13/CEE.

diritto comparato, dall'altro degli studi di tipo economico e mosso dall'esigenza di evitare una lesione dei diritti del «consumatore europeo», il quale può trovarsi di fronte a regole particolarmente restrittive della propria sfera di tutela, applicate dal Paese d'origine del prodotto. La direttiva in analisi, di fondamentale importanza in quel vasto mosaico rappresentato dalla normativa comunitaria in tema di tutela del consumatore²¹⁶, è stata frutto di un lavoro ultraventennale del legislatore comunitario, funzionale a superare le divergenze esistenti nelle legislazioni degli Stati membri sul piano della disciplina delle clausole vessatorie. Divergenze che non solo determinavano diversi regimi di tutela, ma anche delle alterazioni della concorrenza²¹⁷. Così, l'armonizzazione della normativa in tale materia, oltre ad assicurare parità di condizioni a tutti gli operatori del mercato eliminando le notevoli disparità legislative esistenti tra i diversi Stati membri, diviene funzionale alla progressiva instaurazione del mercato unico europeo²¹⁸ e ad evitare distorsioni di concorrenza tra venditori di beni ed i prestatori di servizi, soprattutto in caso di commercializzazione in altri Stati. Si tratta di una direttiva fortemente

²¹⁶ E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, p. 509.

²¹⁷ Ciò è esplicitato nel Considerando n. 2 della direttiva 93/13/CEE in cui si legge che le divergenze esistenti nelle legislazioni degli Stati membri determinavano «il risultato che i mercati nazionali relativi alla vendita dei beni ed all'offerta dei servizi ai consumatori differiscono l'uno dall'altro e possono manifestarsi distorsioni di concorrenza tra i venditori di beni e i prestatori di servizi in caso di commercializzazione in altri Stati membri». Si esprime così l'intenzione di evitare «le distorsioni di concorrenza tra i venditori di beni ed i prestatori di servizi, soprattutto in caso di commercializzazione in altri Stati», riducendo, a tal fine, «le notevoli disparità legislative di condizioni nei contratti stipulati con i consumatori appartenenti ai diversi Stati membri».

²¹⁸ Ciò è evidenziato nel Considerando n. 1 della direttiva 93/13/CEE che sottolinea «l'esigenza di adottare misure destinate all'instaurazione di uno spazio senza frontiere nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» e nel Considerando n. 7 che esplicita «l'esigenza di facilitare le imprese nella loro attività commerciale sia nello stato di origine che in tutto il mercato unico, stimolando la concorrenza».

debitrice del modello di disciplina di cui al paragrafo 9 del *Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* o *AGB-Gesetz* del 1976, poi incorporato, 2001, nel *BGB*, ai paragrafi 307 ss. e in parte influenzata anche dal modello adottato da altri ordinamenti per il controllo delle condizioni generali di contratto²¹⁹. Con il recepimento di tale direttiva, nel nostro ordinamento è stata vinta quella resistenza manifestata tanto dal legislatore, quanto dalla giurisprudenza, in merito all'introduzione di strumenti di controllo sostanziale dei contratti *standard*. Una resistenza, come sopra argomentato, che si manteneva salda e ferma, nonostante da tempo la dottrina avesse manifestato l'inadeguatezza del sistema di controllo delineato dagli artt. 1341 e 1342 c.c.²²⁰. Se, infatti, l'Italia, ancor prima dell'emanazione della direttiva in commento, già conosceva la problematica relativa alla necessità di evitare che una delle parti del contratto potesse, approfittando della propria forza contrattuale, vincolare l'altra alla stipulazione di un contratto non equo, e alla stessa, come ricordato in precedenza, ha tentato di porre rimedio con gli artt. 1341 e 1342 c.c., al tempo stesso ha finito ben presto con il ritrovarsi «in retroguardia»²²¹. Questo poiché la tutela formale di cui al Codice civile

²¹⁹ Oltre al modello tedesco, la direttiva si è ispirata anche all'esperienza maturata a partire dagli anni '70 in Francia, con la c.d. *Loi Scrivener* n. 78-22 del 1978 e nel Regno Unito con l'*Unfair Contract Terms Act* del 1977.

²²⁰ Al riguardo, cfr. S. TROIANO, *Sub art. 33*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del Consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, p. 256, ove si richiama il progetto di riforma elaborato alla fine degli anni '70 del gruppo di studiosi coordinato da C.M. Bianca «nel quale si proponeva di attribuire al giudice il potere di dichiarare nelle le clausole che alterano l'equilibrio del contratto in pregiudizio dell'aderente senza giustificarsi obiettivamente nell'economia dell'affare e in generale quelle non conformi alle regole della correttezza, anche professionale, e dell'equità».

²²¹ Sul punto R.E. ARENA, *La direttiva comunitaria 93/13 sulle clausole abusive, suo recepimento nell'ordinamento italiano con particolare riferimento alla disciplina dei contratti bancari*, in *Giurisprudenza di merito*, I, 1998, p. 156. L'A. evidenzia che «Primo a riconoscere il fenomeno, però, il nostro ordinamento

nella sostanza produce un effetto di legittimazione della pratica delle clausole vessatorie le quali, per l'appunto, oltre ad essere enumerate in una elencazione tassativa (art.1341, comma 2 c.c.), sfuggono, anche in queste limitate ipotesi, alla sanzione prevista, quella cioè dell'inefficacia, ove sia rispettato il contemplato requisito di forma²²².

4. Il recepimento della direttiva 93/13/CEE.

La direttiva 93/13/CEE venne recepita nel nostro ordinamento attraverso l'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52²²³, dal quale discese poi, la novellazione del Codice Civile con l'introduzione del capo XIV *bis* dedicato ai «Contratti del consumatore», successivamente trasfuso nel Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)²²⁴. Fin dall'origine

ha finito con il ritrovarsi in retroguardia capace solo di offrire una disciplina formale, che in sostanza garantisce solo dalla doppia sottoscrizione al buio di clausole troppo svantaggiose per i consumatori. La direttiva CEE n. 93/13, come formulata, è destinata invece a incidere ben più sostanzialmente sulla posizione e sugli interessi di milioni di consumatori e di un gran numero di imprese attive sul mercato dei beni e dei servizi di massa». Più recentemente A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 95 ss.

²²² V. RIZZO, *La disciplina del codice civile sulle condizioni generali di contratto e la tutela dell'aderente-consumatore: sua insufficienza*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2004, p. 201.

²²³ Con riferimento all'ordinamento spagnolo V. E. LLAMAS POMBO, *Ordinamento spagnolo e clausole vessatorie*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO, *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, 2014, p. 89 ss. Per un commento alla normativa sulle clausole abusive antecedente all'approvazione del *Texto Refundido* v. ID., *Sub art. 10 bis*, in ID. (coord.), *Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, 2005, p. 273 ss.

²²⁴ Con la l. 6 febbraio 1996, n. 56, si è dato attuazione della direttiva 93/13/CEE, inserendo nel libro IV, titolo II, del nostro Codice Civile, il Capo XIV *bis* «dei contratti del consumatore» artt. 1469 *bis*-1469 *sexies* contenenti norme sulle clausole vessatorie. Per un primo commento si veda V. RIZZO, *Le clausole abusive e la proposta di attuazione della direttiva comunitaria: alcuni considerazioni*, in C.M. BIANCA e G. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti*

la nuova normativa ha costituito oggetto di una cospicua letteratura. Evidenti erano i meriti della stessa: ha contribuito ad innalzare gli standard di tutela in un settore, quello relativo alla protezione del consumatore, di particolare rilievo vista l'evoluzione socio-economica, ma ha anche contribuito a colmare quei vuoti di tutela che rendevano il nostro paese «anacronistico» se rapportato alle legislazioni di altri Paesi europei, che già da tempo avevano adottato tali misure di protezione²²⁵. Per contro però il testo di recepimento non ha, in realtà, soddisfatto pienamente la comunità dei giuristi e le associazioni dei consumatori, sollevando critiche anche da parte della stessa Commissione CEE²²⁶. Esso presentava, infatti, anche una

stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993, Padova, 1996, p. 537 ss. V. CARBONE, *La difficile attuazione della direttiva comunitaria 93/13 Cee*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 250 ss.; G. CIAN, *Il nuovo capo XVI bis (Titolo II, Libro IV) del Codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium Iuris*, 1996, p. 411 ss.; G. DE NOVA, *Clausole vessatorie. Art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, Milano, 1996, p. 55 ss.; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 145 ss.; U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996, p. 287 ss. Per quanto riguarda l'ordinamento giuridico spagnolo si veda BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO e SALA HERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 1993; UBALDO NIETO CAROL (Dir.), *Credito y protección del consumidor*, Madrid, 1996; ARROYO MIQUEL RODRÍGUEZ (Coord.), *Comentario a la ley sobre las Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 1999; AVILÉS GARCÍA, *Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España*, in *RCDI*, 1998; DUQUE DOMÍNGUEZ, *Consideraciones introductorias sobre la directiva comunitaria apra regualr las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la contratación bancaria*, in *Estudio de derecho bancario y Bursátil en homenaje a Verdera*, I, Madrid, 1994.

²²⁵ Cfr. E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2010, p. 27 ss.

²²⁶ Cfr. G. ALPA e M. ANDENAS (a cura di), *Fondamenti di diritto privato europeo*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2005, p. 385, in cui si ricorda che «Già il 13 Dicembre 1996, a pochi mesi dall'approvazione del testo di recepimento, la Commissione aveva segnalato al Governo italiano diversi rilievi: a) Il rilievo relativo all'ambito di applicazione della direttiva, considerato troppo circoscritto per la definizione dei contenuti dei

serie di difetti, frutto tanto delle incertezze e delle imprecisioni terminologiche del testo definitivo della direttiva, quanto del largo uso delle clausole generali, avverso le quali è nota la diffidenza della dottrina e della giurisprudenza interne²²⁷. Inoltre, si è già ricordato che la direttiva si ispira esclusivamente a modelli stranieri²²⁸, e, come autorevolmente

contratti dei consumatori a cui si applica la disciplina di codice (art. 1469 *bis*). Poiché, per contro la direttiva si applica “all’insieme dei contratti di consumo”, tutti i contratti che non abbiano ad oggetto la fornitura dei beni o dei servizi sarebbero sottratti alla disciplina; b) Si era poi contestato che, non ripetendosi nella disciplina dell’inibitoria la esclusione della applicazione della regola “*interpretatio contra proferentem*”, la disciplina italiana riduceva gli spazi di tutela nelle procedure d’urgenza, in quanto il giudice, con una operazione ermeneutica, avrebbe potuto correggere il significato della clausola oscura o incomprensibile, senza quindi accogliere l’istanza, e consentendo al professionista di continuare ad impiegare la clausola *medio tempore*; c) Altro rilievo riguardava l’applicazione dell’art. 6, comma 2, della direttiva concernente l’applicazione della disciplina più favorevole al consumatore nel caso di contratto assoggettato alla disciplina di un paese terzo, ma collegato con il territorio di uno Stato membro. Poiché l’art. 1469 *quinquies*, comma 5, riproduce la disposizione di favore, ma la circoscrive al “presente articolo” (che riguarda le clausole comunque ritenute vessatorie e gli effetti della vessatorietà) e non la estende a tutte le disposizioni del Capo, se ne evinceva una trasposizione restrittiva della direttiva; d) Si era ancora sottolineato che l’azione inibitoria *ex art. 1469 sexies* non prevede la legittimazione ad agire alle associazioni dei consumatori contro le associazioni di professionisti che abbiano diramato raccomandazioni inerenti i moduli contrattuali utilizzati dai loro associati».

²²⁷ In merito alla difficoltà nel recepimento della direttiva 93/13/CEE e alla legge di recepimento V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 65 afferma «È una di quelle leggi che fanno un po’ arrabbiare l’interprete e, soprattutto, lo fanno faticare. Lo fanno arrabbiare per le molte sciatterie, incongruenze, contraddizioni, oscurità di linguaggio e di formulazioni; lo fanno faticare perché lo obbligano ad uno sforzo supplementare per cercare un senso, una razionalità complessiva all’interno di un gruppo di norme che non sempre, *prima facie*, si presentano coerenti ed armoniche tra loro e con il sistema».

²²⁸ Sul punto accurata analisi viene svolta da V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell’esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., p. 557 ss. che evidenzia l’influenza esercitata sulla direttiva dall’ordinamento tedesco e francese.

rilevato²²⁹, «si è paventato il rischio di una sorta di colonizzazione dell'ordinamento privatistico italiano: colonizzazione che ha ricevuto un preoccupante avallo da parte del legislatore italiano, il quale, dinnanzi ad una direttiva che, in quanto tale, vincola per il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi, vi ha dato attuazione in modo pedissequo, adoperando una tecnica scadente e sciatta, senza sforzarsi di adattarne il significato sostanziale alle peculiarità del nostro diritto, e di armonizzarlo con le altre parti del sistema vigente»²³⁰. Ma vi è di più, infatti, oltre agli ostacoli di carattere tecnico-giuridico²³¹, la complessità nell'attuazione della direttiva è legata anche a questioni di natura strettamente politica: le opzioni lasciate ai legislatori nazionali hanno comportato la necessità di un temperamento tra interessi, valori ed esigenze differenti, se non opposti.

Al di là delle insoddisfazioni manifestate dai giuristi, va ricordato che il testo di recepimento della direttiva formò oggetto di una procedura di infrazione attivata dalla Commissione CEE; di una sentenza di condanna da parte della Corte di Giustizia per inadempimento degli obblighi comunitari e di ben tre leggi comunitarie, la legge 21 dicembre 1999 n. 526

²²⁹ Cfr. E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, cit., p. 511 ss.

²³⁰ Si esprime in tal senso E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, cit., p. 512.

²³¹ V. RIZZO, *Commento sub art. 33, comma 1, cod. cons.*, in E. CESÀRO (a cura di), *I contratti del consumatore – Commentario al Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, 2007, p. 11. L'Autore, con riferimento all'iniziale collocazione delle norme relative alle clausole vessatorie nell'ambito del Codice civile sottolinea che tale scelta corrispondeva all'«affermazione che l'esigenza di parità sostanziale tra le parti, cui si ispira la disciplina dei contratti del consumatore, ha carattere generale reputandosi assolutamente opportuna una convivenza di tali norme di tutela sostanziale e quelle di tutela formale di cui agli art. 1341-1342 c.c. La permanenza di tali norme nel codice civile avrebbe, altresì, avuto lo scopo di evitare la scomposizione di un sistema organico e generale in materia di contratti».

(legge comunitaria 1998), la legge 1° marzo 2002, n. 39 (legge comunitaria 2001) e la legge 3 febbraio 2003 n. 14 (legge comunitaria 2002), che apportarono varie e significative modifiche al testo originario.

Per procedere ad una trattazione dell'argomento che sia la più completa possibile, occorre soffermarsi, seppur brevemente, sulle modifiche apportate agli originari articoli del Codice civile, oggi contenute nel Codice del consumo.

4.1. *Segue. Le modifiche apportate all'articolo 1469 bis c.c. a seguito del recepimento della direttiva 93/13/CEE.*

La direttiva 93/13/CEE nel definire l'oggetto della normativa relativa alle clausole abusive all'art. 1 si riferisce alle «clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista ed un consumatore»²³². Tale disposizione fu inizialmente trasfusa nell'art. 1469 *bis* c.c. che nella sua formulazione originaria prevedeva che «nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». Il legislatore interno aveva, quindi, stabilito un limite al campo di applicazione della disciplina in esame, restringendolo ai soli contratti aventi ad oggetto la vendita di beni o la prestazione di servizi. Mentre, dunque, la direttiva comunitaria, secondo il disposto dell'art. 1, riguarda tutti i contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista, la normativa italiana di recepimento, nella sua formulazione originaria, non si applicava ai contratti che avessero oggetto diverso dalla cessione di un bene o dalla prestazione di un servizio, sebbene stipulati tra consumatore e professionista. Aspre

²³² L'art.1, comma 1, dir. 93/113/CEE così recita «La presente direttiva è volta a ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti le clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore».

furono le critiche sollevate da questa limitazione del campo di applicazione, critiche legate al timore di un ridimensionamento delle potenzialità di tutela del consumatore contenute nella normativa. Così, il testo fu adeguato alle indicazioni della Commissione europea, si eliminò la limitazione e si lasciò spazio ad una formulazione più ampia della norma originaria²³³. Tale formulazione è stata trasfusa nel Codice del Consumo, il quale all'art 33, comma 1, nel definire l'ambito oggettivo della disciplina, prescrive che “nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che (...)”. Di conseguenza, la disciplina a tutela del consumatore posta dal d.lg. n. 206/2005, artt. 33 ss. prescinde dal tipo contrattuale posto in essere dalle parti e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, trovando oltretutto applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, che di contratto singolarmente predisposto per uno specifico affare²³⁴. In altri termini, il legislatore ha inteso tutelare il consumatore non solo nei casi in cui egli sia parte di un contratto per adesione, ma anche quando abbia accettato una proposta per lui appositamente formulata dal professionista, il tutto a prescindere dal tipo contratto scelto. Occorre tuttavia fare una precisazione. L'art. 33 c. cons., nella sua parte finale, nel puntualizzare l'ambito di applicazione della disciplina delle clausole vessatorie prevede espressamente delle deroghe con riguardo ai contratti aventi ad oggetto prestazioni di servizi finanziari, ad eccezione del comma 6, riguardante le clausole di indicizzazione dei prezzi, le cui deroghe sono applicabili a tutti i contratti,

²³³ Il limite fu rimosso per effetto dell'art. 25 della l. 526/1999. Al riguardo si osservò che «In tal modo si è garantita ai singoli una situazione giuridica chiara, che consenta loro di applicare la disciplina del Capo XIV-bis a tutti i contratti stipulati tra professionista e consumatore, a prescindere dal loro oggetto» V. E. GRAZIUSO, *L'art. 25 della legge comunitaria 21 dicembre 1999, n. 526 ed i retroscena di una riforma incompleta*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000, p. 275 ss.

²³⁴ Cass., ord. 20 marzo 2010, n. 6802, in *DeJure on line*.

a meno che non sia espressamente vietato dalla legge²³⁵. Tali deroghe sono legate nella peculiarità dei contratti relativi ai servizi finanziari e trovano fondamento in quanto stabilito dall'art. 34 c. cons. che collega la valutazione di abusività della clausola alla natura del bene e del servizio oggetto del contratto. Sempre con riferimento all'oggetto del contratto, il comma 5 dell'art. 33 c. cons. prevede delle deroghe²³⁶ nel caso di contratti aventi ad oggetto valori immobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi. Scelta che trova la propria giustificazione nel fatto che in questi contratti, la variazione delle condizioni, quale il corrispettivo, non è determinata da una scelta discrezionale del professionista ma «da parametri oggettivi certi e di agevole riscontro»²³⁷.

4.2. Segue. Le modifiche apportate all'articolo 1469 *quater*, comma 2, c.c. e all'art. 1469 *quinquies*, comma 5 c.c.

In base all'art. 5 della direttiva 93/13/CEE «nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso della clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore. Questa regola di interpretazione non è applicabile nell'ambito delle procedure previste dall'art.7, par. 2». Quest'ultimo prevede che «i mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole

²³⁵ Il comma 6 dell'art. 33 riproduce il comma 7 dell'abrogato art. 1469 *bis* c.c.

²³⁶ Si derogano le lettere h), m), n) e o) del comma 2, dell'art. 33 c. cons. che si sostanziano in presunzioni di vessatorietà volte a limitare l'uso dello *ius variandi* da parte del professionista.

²³⁷ Si esprime in questi termini G. SIMEONE, Sub *art. 33*, in G. ALPA e V. MARICONDA (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, Milano, 2017, p. 2462 ss.

contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano un carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole». In sede di recepimento, in un primo momento, non era stato recepito nell'art. 1469 *quater*, l'ultimo inciso dell'art. 5 della direttiva, riferito all'azione inibitoria. Tale lacuna non sfuggì alla Commissione che evidenziò un possibile indebolimento di tutela, nonché un vanificarsi della *ratio* della normativa stessa. Una *ratio* che, come evidenziato dalla Commissione, non si sostanzia solamente nel voler di proteggere il consumatore contro l'applicazione di clausole abusive, ma ha anche l'ulteriore fine di evitare che le clausole vessatorie «o in ogni caso suscettibili di esserlo in una delle interpretazioni possibili per la loro redazione oscura o incomprensibile»²³⁸ figurino nei contratti offerti in futuro ai consumatori. Il rischio paventato dalla Commissione non era infondato. Infatti, per poter intentare l'azione inibitoria avverso clausole contrattuali proposte ai consumatori, che non fossero redatte in modo chiaro e comprensibile, al fine di ottenerne la eliminazione, era necessario il recepimento dell'ultimo inciso dell'art. 5 della direttiva. È stato osservato, al riguardo che, altrimenti il professionista avrebbe potuto, nel corso della procedura, eccipire la non abusività di una clausola ove la stessa fosse stata suscettibile di più interpretazioni e, tra di esse, almeno una permettesse una interpretazione favorevole al consumatore²³⁹. Al fine dunque di risolvere i potenziali conflitti, fu inserito nell'art. 1469 *quater*, per effetto del comma 2 dell'art. 25 della l. 526/1999, il comma finale che prevedeva che «la disposizione di cui al secondo comma non si applica nei casi di cui all'art. 1469 *sexies*». E così come rilevato da autorevole dottrina «il nostro legislatore ha voluto, in sintonia con il legislatore comunitario, ed in contrasto con l'orientamento dottrinario, sopra esaminato, su cui si

²³⁸ Cfr. lettera della Commissione Europea del 6 aprile 1998, in *CCR*, 1999, p. 403.

²³⁹ Si esprime in tal senso E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, cit., p. 32-33.

fondava l'opposizione del Governo Italiano alle critiche della Commissione, attribuire al principio della *interpretatio contra proferentem* una portata restrittiva, con l'esclusione da essa dei procedimenti di natura collettiva»²⁴⁰. L'art 1469 *quater* c.c., così come modificato dall'art. 25, comma 2, l. 526/1999, è stato trasfuso nell'art 35 c. cons., rubricato «Forma ed interpretazione», il quale così recita «1. Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per riscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile. 2. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore. 3. La disposizione di cui al comma 2 non si applica nei casi di cui all'art 37».

Per quanto riguarda l'art. 1469 *quinquies*, comma 5, c.c., va segnalato, invece, il tenore della sua prima formulazione²⁴¹, in relazione alla quale si è assistito ad un errore di redazione del legislatore interno consistente nell'utilizzo della locuzione «dal presente articolo». A tale «svista» è stato posto rimedio con la legge comunitaria 1998, la quale ha sostituito alla suddetta locuzione con «dal presente Capo». L'articolo del Codice Civile, così come modificato dalla legge comunitaria 1998, è stato poi trasfuso nel Codice del Consumo, nel quale all'art. 36, comma 5, è riportata la formulazione: «[...] abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente capo».

4.3. *Segue. L'omissione della «raccomandazione» nell'art. 1469 sexies c.c.*

Le difficoltà nel recepimento della direttiva 93/13/CEE emergono anche dall'analisi dell'allora art. 1469 *sexies* c.c. ora trasfuso nell'art. 37 c. cons.

²⁴⁰ Cfr. E. GRAZIUSO, *L'art. 25 della legge comunitaria 21 dicembre 1999, n. 526 ed i retroscena di una riforma incompleta*, cit., p. 277.

²⁴¹ Secondo la prima formulazione dell'art. 1469 *quinquies*, comma 5, del Codice Civile, si prevedeva che fosse inefficace qualsiasi clausola che «privasse il consumatore della protezione assicurata dal presente articolo».

Al riguardo, occorre segnalare che la formulazione del suddetto articolo costò all'Italia una condanna da parte della Corte di Giustizia europea²⁴² per inesatto recepimento dell'art. 7, comma 3, della direttiva 93/13/CEE. Ciò in quanto l'art. 1469 *sexies* c.c. attribuiva la legittimazione passiva nell'azione inibitoria solamente ai professionisti o alle associazioni di professionisti che utilizzassero condizioni generali di contratto contenenti clausole vessatorie. La norma comunitaria, invece, prevede che tali azioni debbano poter essere intentate tanto nei confronti di coloro che «utilizzano» tali condizioni generali, quanto nei confronti di chi «raccomanda» l'uso delle stesse²⁴³. Il giudice di Lussemburgo evidenziò, l'essenzialità della «raccomandazione», funzionale a prevenire ogni tipo di squilibrio nella contrattazione, sia esso diretto o indiretto. Le associazioni dei professionisti, infatti, non operano quasi mai direttamente con i consumatori, ma, il più delle volte, svolgono la propria attività impartendo agli associati istruzioni²⁴⁴. Pertanto, escludere la loro legittimazione passiva in caso di «raccomandazione» significava rendere superflua l'inclusione delle associazioni dei professionisti tra i legittimati passivi

²⁴² Corte Giust., 24 gennaio 2002, C-372/99, in *DeJure on line*.

²⁴³ Era palese la discrasia tra il dettato interno e quello comunitario. L'art. 7.3 della direttiva 93/13/CEE prevede che «nel rispetto della legislazione nazionale i ricorsi menzionati al paragrafo 2 (segnatamente le azioni inibitorie per il nostro ordinamento) possono essere diretti, separatamente o in comune, contro più professionisti dello stesso settore economico o associazioni di professionisti che utilizzano o raccomandano l'inserzione delle stesse clausole contrattuali generali o di clausole simili». L'art. 1469 *sexies* c.c. disponeva, invece, che «le associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione dei professionisti che utilizzino condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni generali di contratto di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente Capo».

²⁴⁴ Cfr. M. LIBERTINI, *L'azione inibitoria collettiva in materia di clausole vessatorie*, in *Contr. imp. eur.*, 1997, p. 23.

dell'azione inibitoria²⁴⁵. In merito a tale omissione, la giurisprudenza dell'epoca, oltretutto rilevò che al fine di non perdere il significato dell'art. 1469 *sexies* c.c. era opportuno ricomprendere nel concetto di «utilizzazione» ogni altro comportamento strettamente connesso all'utilizzazione diretta di clausole vessatorie, ivi comprese, quindi, le raccomandazioni²⁴⁶. Il Governo italiano, tuttavia, ignorò i filoni interpretativi, sostenendo dinnanzi alla Corte di Giustizia che il consumatore già avesse a disposizione una tutela generale nei confronti del responsabile di comportamenti lesivi dei suoi interessi, costituita dall'art. 3 della legge 281/1998²⁴⁷, oggi confluito nell'art. 140 c. cons., un'azione nella quale si riteneva ricompresa quella relativa alle «raccomandazioni».

Essendosi, come già ricordato, il procedimento dinnanzi alla Corte di Giustizia conclusosi con una condanna per l'Italia, il nostro legislatore, con la legge comunitaria del 2002²⁴⁸, modificava il testo originario dell'art. 1469 *sexies* c.c., attualmente trasfuso nell'art. 37, comma 1, del Codice del Consumo, ai sensi del quale «le associazioni rappresentative 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». Quanto esposto finora circa l'intervento del legislatore diretto alla modifica delle norme contenute nel Capo XIV *bis* del Codice civile, porta alla luce la difficoltà incontrata nel recepimento della

²⁴⁵ Si esprime in tal senso, E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole vessatorie*, cit. p. 36.

²⁴⁶ Si veda Trib. Torino, sez. II, 4 ottobre 1996, in *Foro it.*, 1997, I, c. 287.

²⁴⁷ Si tratta della legge relativa sulla «Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti» pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 189 del 14 agosto 1998.

²⁴⁸ L. 3 febbraio 2003, n. 14.

normativa comunitaria in tema di tutela del consumatore avverso le clausole contrattuali «abusive»: difficoltà derivanti sia da caratteristiche inerenti al modo di partecipazione dell'Italia ai processi di decisione comunitaria, sia da peculiarità proprie della stessa produzione normativa comunitaria, sia dal metodo inadeguato con cui il nostro ordinamento affronta il delicato problema dell'attuazione delle norme comunitarie.

5. La disciplina delle clausole abusive ed il Codice del Consumo.

Fin qui si è fatto riferimento all'*iter* di recepimento della direttiva 93/13/CEE e si ritiene opportuno segnalare che le «tormentate» vicende della normativa sono continuate anche durante l'*iter* di approvazione del Codice del Consumo. Se in una prima versione del testo, infatti, il legislatore aveva realizzato un semplice rinvio alle norme del Codice Civile contenute nel Capo XIV *bis*, in una seconda stesura, invece, le disposizioni concernenti le clausole abusive vennero del tutto omesse. Il Consiglio di Stato²⁴⁹, sezione consultiva per gli atti normativi, criticò tale omissione, ritenendo che in tal modo si privasse il codice di alcune disposizioni fondamentali in tema di tutela del consumatore, incidendo sull'organicità della disciplina e impedendo un'accurata opera di raccordo tra dette norme e quelle collocate al di fuori del codice civile²⁵⁰. Inoltre, il Consiglio di Stato faceva notare che se la scelta effettuata dal legislatore, con la legge n. 52 del 1996 in attuazione della direttiva 93/13/CEE, di collocare le norme sulle clausole abusive all'interno del Codice civile era stata influenzata dalla mancanza di una normativa di settore in grado di ospitare le norme a tutela del consumatore, ora, tale circostanza non sarebbe più stata ostativa, dato l'avvento del Codice del consumo, con il

²⁴⁹ Cfr. Cons. St., sez. cons. atti normativi, 20 dicembre 2004, n. 1160, consultabile al sito web www.personaedanno.it.

²⁵⁰ Si faceva l'esempio dell'indispensabile coordinamento tra le norme in materia di azioni delle associazioni dei consumatori, presenti nell'originario art. 1469 *sexies* c.c., e quelle in analogia materia trasferite nel Codice del Consumo.

quale si assisteva alla nascita di un *corpus* normativo rappresentante la sede sistematicamente idonea a contenere tali disposizioni. Differente fu l'opinione espressa dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Questa, nel parere del 4 maggio 2005, riteneva preferibile mantenere all'interno del Codice civile la disciplina dei contratti del consumatore «al fine di evitare la scomposizione di un sistema - che si è voluto organico e generale in materia di contratti - in corpi normativi disomogenei e non comunicanti, aventi ad oggetto, rispettivamente i contratti civili da un lato, e i contratti tra consumatori e professionisti, dall'altro». Nella stesura definitiva, si è, però, seguita l'opinione espressa dal Consiglio di Stato, trasferendo all'interno del Codice del Consumo le disposizioni originariamente contenute nel Codice Civile.

Più in particolare, il legislatore non ha operato un semplice rinvio al Codice Civile, ma ha previsto un vero e proprio *corpus* normativo, sostitutivo del Capo XIV *bis* del Codice Civile, che fu abrogato, anche se in gran parte riproduttivo di esso. Per quanto maggiormente interessa ai fini di questa trattazione, con riferimento alla disciplina delle clausole abusive occorre rilevare che questo *corpus* normativo, traslato nell'ambito del Codice del Consumo agli artt. 33-38, è rimasto pressoché immutato in tutte le sue disposizioni tranne limitate modifiche e l'inserimento di una norma di rinvio (art. 38). Tra le modifiche va segnalata l'eliminazione delle nozioni di consumatore e professionista che sono contenute nella parte iniziale del Codice del consumo, l'introduzione della nullità di protezione in luogo dell'inefficacia quale sanzione nei confronti delle clausole vessatorie presenti nei contratti del consumatore nell'ambito di un giudizio individuale e concreto e la previsione di un raccordo della disciplina dell'azione inibitoria (speciale, art. 37) con la più ampia disciplina dell'azione inibitoria (generale, art. 140, contemplata con riguardo non solo alle clausole vessatorie). La norma di rinvio di cui all'art. 38 c. cons. prevede una forma di raccordo tra le disposizioni inserite in questa sede

con il Codice Civile disponendo che «per quanto non previsto dal codice ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile». Da altro lato, l'art. 142 prevede la sostituzione, nel corpo del Codice Civile, degli artt. 1469 *bis* – 1469 *sexies* con il solo art. 1469 *bis* così formulato: «Le disposizioni del seguente titolo si applicano ai contratti del consumatore ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli al consumatore»²⁵¹.

La scelta di ordinare tutte le disposizioni legislative ascrivibili al diritto dei consumatori in una codificazione autonoma, distinta dal Codice Civile, non è stata esente da critiche. I rilievi hanno trovato il loro fulcro *in primis* nell'argomento secondo cui il diritto dei consumatori tende a correggere alcune distorsioni del mercato e tale filone normativo non si fonda su modelli alternativi a quelli contenuti nel Codice Civile, non contenendo interventi di carattere «finalistico», che impongono determinati assetti di interessi economici, bensì di carattere esclusivamente «condizionale», aventi come obiettivo la creazione delle regole necessarie affinché ciascun individuo possa conseguire il proprio vantaggio operando sul mercato liberamente²⁵². Al tempo stesso, però, è stato osservato che con il Codice del Consumo si è realizzata un'opera di coordinamento sistematico delle norme, in piena sintonia con il Codice Civile, in quanto tiene in considerazione i principi, i valori e le regole che caratterizzano quest'ultimo. Altre perplessità espresse dalla dottrina erano incentrate sul rilievo che l'estrapolazione dal Codice civile della normativa concernente le clausole vessatorie impedisce una interpretazione estensiva delle norme contenute nel codice speciale nonché, la comunicazione della capacità innovativa dell'*acquis* comunitario al corpo generale del sistema. È stato segnalato, inoltre, che con la normativa contenuta nella Parte III, Titolo I,

²⁵¹ Si veda E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole vessatorie*, cit., pp. 41-42.

²⁵² In tal senso si veda G. CHINÈ, *Sub art. 3 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, Milano, 2008, p. 4 ss.

del Codice del Consumo, rubricato «Dei contratti del consumatore in generale», il legislatore ha perso un'importante occasione per porre rimedio a quelle incongruenze che avevano caratterizzato la disciplina del Capo XIV *bis* del Codice Civile e che avevano alimentato un acceso dibattito in dottrina²⁵³. È evidente che tormentato è stato, non solo il recepimento della direttiva 93/13/CEE, ma anche la collocazione delle norme frutto del suo recepimento. Tuttavia, con riferimento alle critiche sollevate dalla dottrina e che contengono ancora oggi, a più di vent'anni dal recepimento della direttiva comunitaria in materia di clausole vessatorie, profili di attualità, ritengo che occorra tener presente che nonostante la suddivisione sistematica delineata dal nostro legislatore la normativa deve essere letta alla luce della unitarietà e della complessità dell'ordinamento giuridico e quindi, come già in precedenza evidenziato, pur potendo la qualità di consumatore giustificare l'applicazione di specifici regimi giuridici, la disciplina dovrà in ogni caso essere interpretata sulla base dei principi e valori tanto costituzionali quanto

²⁵³ Cfr. Cfr. V. RIZZO, *Il significativo squilibrio «malgrado» la buona fede nei contratti del consumatore*, in G. ALPA e M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, I, *Giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999, p. 505 ss.; A. BARENGHI, *Sub art. 33 e 39 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2008, p. 213. Per contro E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, cit., p. 42 ss. osserva che sottoponendo le singole norme ad un vaglio più approfondito, le iniziali impressioni possono essere, in parte, superate. «Si può, infatti, notare che, pur permanendo delle imprecisioni a livello “redazionale” e “lessicale”, il legislatore ha chiarito, seppur in modo implicito, la portata dell'assunto “malgrado la buona fede”, di cui all'art 33, ed ha specificato, in termini di nullità le conseguenze giuridiche dell'inserimento nel contratto di clausole che producono significativi squilibri nei diritti dei consumatori. Ciò, dunque, ha consentito che l'interprete, almeno per ciò che concerne gli aspetti con maggiori ricadute a livello pratico, non sia più chiamato a quello sforzo supplementare, richiesto in passato, per cercare di dare razionalità complessiva alle norme in esame ed a raccordare le stesse con i principi generali concernenti la disciplina generale del contratto».

comunitari²⁵⁴. Principi che stanno alla base del nostro ordinamento giuridico e che, costituendo il «sostrato» comune delle varie normative, riducono la distanza tra i due microsistemi normativi, quello contenuto nel Codice civile e quello di cui al Codice del consumo.

6. Il rapporto tra la disciplina delle clausole abusive di cui al Codice del consumo e gli artt. 1341 e 1342 del Codice Civile.

Prima di analizzare i parametri attraverso i quali il legislatore ha inteso disciplinare il giudizio di abusività, occorre analizzare il rapporto intercorrente tra la disciplina contenuta agli artt. 1341 e 1342 c.c. e quella di cui agli artt. 33 ss. c. cons. In primo luogo va precisato che, per l'applicabilità della nuova normativa, non è necessario che il regolamento contrattuale sia predisposto dal professionista per una serie indefinita di rapporti. Il che rappresenta una novità rispetto agli artt. 1341 e 1342 c.c., alla luce dei quali, ai fini del giudizio di vessatorietà di una clausola, oltre alla previsione nell'elenco riportato all'art. 1341, comma 2, è richiesto l'ulteriore requisito della sua predisposizione unilaterale al fine di una sua utilizzazione in una serie indeterminata di rapporti. In particolare, si discute della operatività delle due discipline qualora ricorrano i presupposti di applicazione di entrambe, cioè nel caso del contratto del consumatore che sia anche un contratto *standard*, predisposto dal professionista per una serie indefinita di rapporti. Profili di interferenza possono ipotizzarsi specialmente rispetto alle disposizioni dell'art. 1341, comma 2, c.c., posto che alcune clausole contenute in tale norma corrispondono a quelle indicate nell'art. 33, comma 2, c. cons. In sostanza, ci si domanda se occorra cumulare la tutela formale apprestata dalla normativa contenuta nel codice civile con quella sostanziale della disciplina dei consumatori.

²⁵⁴ Cfr. V. RIZZO, *La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, p. 46.

Occorre, quindi, considerare distintamente l'ipotesi in cui le clausole tipizzate dall'art. 1341 compaiono anche nell'elenco di quelle la cui vessatorietà è presunta *ex art. 33, comma 2, c. cons.*, dall'ipotesi in cui tali clausole siano riconducibili alla figura atipica di vessatorietà delineata dal comma 1 dell'art. 33 c. cons.²⁵⁵ Infatti, la loro specifica approvazione per iscritto in nessun caso impedisce al consumatore di richiedere l'accertamento relativo alla loro vessatorietà sostanziale. In altri termini, deve ritenersi che il rispetto dell'onere formale della specifica approvazione per iscritto richiesto dal Codice Civile non vale a sottrarre la clausola al controllo contenutistico previsto dalla disciplina consumeristica. D'altra parte, va anche rilevato che le clausole considerate vessatorie dall'art. 1341 c.c. che siano state incluse anche nell'elenco di cui all'art. 33, comma 2, c. cons. possono considerarsi efficaci nonostante il fatto che non siano state specificamente sottoscritte dal consumatore, purché il professionista fornisca la prova o della loro negoziazione individuale *ex art. 34 c. cons.*, ovvero della loro non vessatorietà sostanziale *ex art. 33 c. cons.*

Per ciò che riguarda infine l'ipotesi marginale di clausole non incluse nell'elenco di cui all'art. 33, comma 2, c. cons., ma ricomprese nel novero di quelle tassativamente intese come vessatorie dall'art. 1341, comma 2, c.c. è da ritenersi che il difetto della doppia sottoscrizione non ne comporti l'inefficacia *ex lege*, occorrendo in ogni caso che sia il giudice a dichiarare

²⁵⁵ Cfr. al riguardo G. TROVATORE, *La definizione atipica delle «clausole abusive» tra controllo giudiziale e trattativa individuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 959 ss. A. CATAUDELLA, *Note in margine alla direttiva comunitaria sulle «clausole abusive»*, in *Rass. giur. En. El.*, 1994, p. 571 ss. Sull'argomento v. anche M. COSTANZA, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. civ.*, 1994, p. 343 ss.

la nullità *ex art. 36 c. cons.* sulla base dei criteri introdotti dagli artt. 33 ss. c. cons.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, ritengo di aderire a quell'orientamento dottrinale che sostiene che la presenza di una disciplina successiva, caratterizzata da una specialità sotto il profilo soggettivo, che introduce elementi di novità nel sistema, non presenta necessariamente un effetto totalmente o parzialmente abrogante della legge generale precedente, essendo ben possibile l'applicazione simultanea di entrambe²⁵⁶. È comunque opportuno ricordare che la disciplina contenuta negli artt. 33 ss. del Codice del Consumo, riveste, indubbiamente i caratteri di *lex specialis* rispetto agli artt. 1341 e 1342 c.c. Questi ultimi di conseguenza, assumono un ruolo che si può definire «residuale», limitato cioè, ai soli contratti che non siano stati stipulati tra professionista e consumatore²⁵⁷. Si può ritenere, dunque, pacifica la residua applicabilità degli artt. 1341 e 132 c.c. al di fuori dell'ambito di applicazione della normativa contenuta nel Codice del Consumo. Inoltre, e nonostante la tendenziale discordanza tra controlli sostanziali e formali, parte della dottrina ritiene che «quelle disposizioni siano applicabili anche ai contratti oggetto della nuova disciplina, risultando così un doppio sistema di controlli, formale (1341, 2° comma c.c.) e sostanziale (art. 33 Codice del Consumo), ferma restando, nelle ipotesi di interferenza tra le due forme di controllo, l'applicabilità del principio di conservazione di cui all'art 36, 1° comma»²⁵⁸.

²⁵⁶ E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2010, p. 44 ss.

²⁵⁷ Cfr. E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, cit., p. 46.

²⁵⁸ Cfr. A. BARENGHI, *Sub art. 33 e 39 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2008, p. 223.

7. Il concetto di «clausola vessatoria» alla luce dell'art. 33 c. cons.: la buona fede.

L'art. 33 del Codice del Consumo introduce la definizione generale di clausola vessatoria, riproducendo letteralmente quanto già stabilito dall'art. 1469 *bis*, comma 1, c.c. e disponendo che sono tali «le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

La disposizione individua in tal modo la clausola abusiva nei suoi elementi essenziali e generali.

In particolare, il legislatore del Codice del Consumo, conserva, nell'art. 33, comma 1, la locuzione «malgrado la buona fede». Nella vigenza dell'art. 1469 *bis*, comma 1, del Codice Civile, era sorto il problema del significato da attribuire a detto inciso²⁵⁹. Ci si interrogava, cioè, circa la corretta accezione da attribuire al canone della buona fede, quindi, se essa dovesse essere intesa in senso oggettivo o soggettivo²⁶⁰. Al riguardo, in

²⁵⁹ Critiche furono le osservazioni della dottrina in merito all'espressione «malgrado» la buona fede. Si veda, *ex multis*, M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. Impr. Europa*, 1996, p. 438 ss.; G. DE NOVA, *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole standard abusive. Il commento*, in *Contratti*, 1993, p. 356 ss.; ID., *Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive*, *ivi*, 1994, p. 693 ss.

²⁶⁰ V. V. RIZZO, *Il significativo squilibrio «malgrado» la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469-bis c.c.: un collegamento ambiguo da chiarire*, in *Rass. dir. civ.*, III, 1996, p. 497 ss. L'autore a seguito del recepimento della direttiva 93/13/CE riflette sui principali nodi problematici sollevati dal testo della stessa e sulla riproposizione, nel testo di recepimento, dell'inciso «malgrado la buona fede». Nel denso ed attento esame della questione Vito Rizzo giunge ad accostare la nozione di buona fede ad un'accezione soggettiva, leggendovi un'opportunità di tutela rafforzata per il consumatore, esprimendo riserve verso quegli indirizzi che continuano a proporre interpretazioni correttive, vedendole come una forzatura della *voluntas legis* che invece lascia «preferire l'interpretazione che assegna il richiamo alla buona fede, mediante il termine “malgrado”, una sua colorazione soggettiva, piuttosto che oggettiva». Al tempo stesso, però, l'autore evidenzia che l'affermazione di una totale irrilevanza della

dottrina si registrò una spaccatura tra chi sosteneva la propria tesi circa la natura della buona fede facendo leva sulla sussistenza di un errore di traduzione e chi, invece, poneva a sostegno della propria posizione una consapevole scelta attuativa da parte del legislatore. Una disputa che oggi, a seguito della recente rettifica del testo italiano della direttiva 93/13/Ce²⁶¹, perde in parte la propria centralità, ma che per ragioni di completezza espositiva si ritiene opportuno richiamare, seppur brevemente. Secondo un certo orientamento²⁶² il termine «malgrado» doveva essere inteso nel senso

buona fede in senso oggettivo, tradirebbe eccessivamente la *ratio* sottesa alla normativa comunitaria. Di conseguenza, l'Autore arricchisce la propria posizione affermando che «proprio il significativo squilibrio, richiesto dalla norma ai fini del giudizio di vessatorietà della clausola, è da intendere come forma di concretizzazione contenutistica e dunque come forma speciale ed assertiva del principio di buona fede e correttezza nella sua accezione soggettiva, punto di emersione, in questa sede particolare, di un principio che permea di sé l'intera vicenda contrattuale». L'interpretazione proposta dall'autore giunge quindi alla conclusione in forza della quale la sanzione colpisce la clausola «in presenza di un significativo squilibrio necessariamente contrario a buona fede oggettiva (...) anche in quelle ipotesi in cui il professionista si trovi in uno stato soggettivo di buona fede».

²⁶¹ Si tratta della rettifica del 4 giugno 2015, con cui si è sostituito nella versione italiana dell'art. 3, comma 1, della direttiva 93/13/CE l'inciso «malgrado il requisito della buona fede» con l'espressione «in contrasto con il requisito della buona fede». Rettifica che, si è osservato, «toglie credibilità a qualsiasi concezione soggettiva della buona fede e accredita invece, quale unica lettura possibile, quella che l'equipara a lealtà e correttezza» V. E. FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. CE 93/13*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 541 ss.

²⁶² Si veda, tra gli altri, U. RUFFOLO, *Clausole «vessatorie» e «abusive»*. *Gli artt. 1469 bis e seguenti del codice civile e contratti col consumatore*, Milano, 1997, p. 37; F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per un'analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, p. 109 ss.; F. LUCCHESI, *Commento sub art. 33, comma 1 e 2, c. cons.*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo- Commentario*, Padova, 2007, p. 226 ss; E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2010, p. 76 ss.

di «a prescindere da» o «nonostante» la buona fede del predisponente, attribuendo in questo modo alla locuzione una valenza soggettiva. Secondo tale impostazione, ai fini dell'accertamento della vessatorietà della clausola era irrilevante che il professionista l'avesse predisposta in buona fede, senza cioè la consapevolezza del suo carattere particolarmente oneroso per il consumatore e di conseguenza, il parametro di valutazione si riduceva al «significativo squilibrio». In altri termini, alla dichiarazione di vessatorietà della clausola non era ostativa la buona fede soggettiva del professionista, per cui questi non avrebbe potuto addurre a sua giustificazione, al fine di escludere l'abusività della clausola, l'inconsapevolezza di vessare. Alla luce della posizione di chi condivideva l'orientamento volto ad attribuire alla buona fede una valenza prettamente soggettiva, si riteneva, dunque, che la locuzione «malgrado la buona fede» costituisse una semplice precisazione posta in essere dal legislatore, alla quale, di conseguenza, non occorre attribuire alcun ruolo nel giudizio di abusività, né alcun rapporto con il «significativo squilibrio». Si riteneva, altresì, che tale impostazione interpretativa fosse legittimata dall'*iter* legislativo che aveva portato alla scelta di attuare la direttiva con il termine «malgrado la buona fede», dizione confermata poi nell'art. 33 del Codice del Consumo. E fu proprio l'entrata in vigore del Codice di settore a rafforzare la tesi soggettivista. Infatti, nonostante le proposte per modificare la criticata dizione con la formula «in contrasto con la buona fede»²⁶³, nell'art. 33 c. cons. si riprodusse la dicitura di cui all'art. 1469 *bis* c.c., compresa la locuzione «malgrado la buona fede». Tale scelta fu di supporto ai sostenitori della natura soggettiva della buona fede che argomentavano la propria posizione facendo leva sul fatto che la locuzione fosse il riflesso di una precisa

²⁶³ Il Consiglio di Stato, sez. consultiva, con il parere 20 dicembre 2004, n. 11602/04, in Foro it., 2005, III, c. 348 ss., aveva proposto la sostituzione del «malgrado» con «in contrasto con» la buona fede, parere respinto nei lavori preparatori al Codice del consumo, come si può verificare dalla relazione al Codice di settore, n. 6.

volontà legislativa che non aveva voluto accogliere la dicitura proposta e, quindi, aveva voluto «relegare nell'indifferenza giuridica lo stato psicologico del professionista»²⁶⁴.

Secondo altra opzione interpretativa, invece, la locuzione suddetta doveva essere interpretata nel senso di «in contrasto con la buona fede» e quindi essa doveva essere riferita alla buona fede oggettiva²⁶⁵, sinonimo di lealtà e correttezza. Tale posizione trovava la propria forza con la comparazione del testo italiano con quello inglese e con quello francese, una comparazione che portò l'orientamento *de quo* a sostenere che la versione italiana fosse il frutto di un errore di traduzione. Di conseguenza, sulla base delle espressioni utilizzate nei testi francese ed inglese, si optava per un'interpretazione dell'inciso in senso oggettivo, in modo da rispettarne il senso e garantire sintonia²⁶⁶. Anche gli antecedenti nazionali della direttiva giocarono un ruolo essenziale a sostegno della tesi oggettivistica. Ci si riferiva in primo luogo al paragrafo 9 del *AGB-Gesetz* tedesco, ora paragrafo 307 *BGB*, ritenuto tradizionalmente espressione della buona fede oggettiva. Ciò risultava trovare conferma anche nel 16° Considerando della direttiva 93/13/CE, in cui la buona fede si definisce come «strumento idoneo ad attuare una valutazione globale degli interessi

²⁶⁴ Cfr. V. MELE, *La nullità di protezione*, in F. Tommasini (a cura di), *Contratti e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, p. 81 ss.

²⁶⁵ V., tra gli altri, L. BIGLIAZZI GERI, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in E. CESÁRO (a cura di), *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Padova, 1997, p. 797 ss. che evidenzia «ho sempre pensato, sin dall'apparire della direttiva, che la buona fede cui la direttiva comunitaria alludeva e oggi allude il nostro legislatore fosse quella oggettiva elevata a criteri-base per giudicare dell'abusività di una clausola»; E. GABRIELLI e A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, Torino, 2000, p. 252.

²⁶⁶ V. G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, cit., p. 415. Anche in giurisprudenza, ad esempio, si affermava, con riferimento alla buona fede di cui all'art 1469 *bis* c.c., che dovesse essere intesa «in senso oggettivo, cioè quale lealtà e correttezza nelle trattative». Cfr. Trib. Torino, 7 giugno 1999, in *Foro it.*, 2000, c. 299.

in causa» e nei criteri nello stesso indicati per valutare la buona fede, nessun dei quali fa riferimento a fattori di carattere psicologico. Di conseguenza, l'articolato doveva essere interpretato nel senso che l'abusività di una clausola contrattuale poteva essere dichiarata, se vi fosse stato uno squilibrio normativo a carico del consumatore, contrario a lealtà e correttezza. Cioè la clausola, oltre a causare uno squilibrio di diritti e obblighi a scapito del consumatore, doveva essere in contrasto con la buona fede oggettiva per poter essere invalidata. L'incertezza interpretativa in merito all'inciso «malgrado la buona fede» che ha coinvolto il pensiero della dottrina, non ha tenuto esente neanche la giurisprudenza che oscilla tra buona fede oggettiva e soggettiva. Dall'analisi delle pronunce si può osservare che alcuni orientamenti interpretano la locuzione in senso soggettivo, giungendo ad affermare che la buona fede non è un criterio per l'accertamento del significativo squilibrio e che la declaratoria di abusività della clausola possa essere effettuata anche in presenza della buona fede²⁶⁷. Altre posizioni giurisprudenziali, invece, propendono per una accezione prettamente oggettiva, intendendo la buona fede quale lealtà e correttezza nella fase delle trattative²⁶⁸.

Nel considerare la buona fede in senso oggettivo si discuteva, inoltre, del rapporto tra questa ed il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Infatti, secondo una prima ipotesi, la buona fede ed il significativo squilibrio apparivano come due criteri strettamente collegati nel determinare l'abusività della clausola: la clausola era, dunque, vessatoria soltanto se determinava un significativo squilibrio e risultava in contrasto con la buona fede, quindi con il principio di

²⁶⁷ Cfr. a titolo esemplificativo, Corte App. Roma, 24 settembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, I, p. 904, in cui si afferma che «Non posso essere condivisi i tentativi di forzatura del dato letterale, mediante il recupero della buona fede oggettiva, la cui violazione verrebbe elevata ad ulteriore elemento essenziale della fattispecie, concorrente con il significativo squilibrio».

²⁶⁸ V. Trib. Torino, 12 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 505; Trib. Torino, 7 giugno 1999, in *Foro it.*, 2000, c. 299.

correttezza²⁶⁹. Secondo altra opzione interpretativa, i due criteri erano coincidenti, quindi, il significativo squilibrio comportava sempre una violazione del principio della buona fede, rappresentando la «concretizzazione contenutistica» della violazione del principio di correttezza²⁷⁰. Un indirizzo residuale ribadiva l'autonomia dei due criteri nella valutazione della vessatorietà della clausola: una clausola poteva, dunque, essere qualificata come vessatoria qualora fosse stata contraria a buona fede, pur non avendo determinato un significativo squilibrio, così come una clausola, pur conforme a buona fede, poteva essere abusiva ove avesse generato un significativo squilibrio²⁷¹. A fronte di ciò, nel parere sullo schema del Codice del Consumo, il Consiglio di Stato²⁷² propendeva per la tesi della buona fede oggettiva, essendo la buona fede oggettiva propria dei rapporti *inter partes*, come di quelli contrattuali del Libro IV del Codice Civile, mentre quella soggettiva tipica dei rapporti *erga omnes*.

²⁶⁹ V. A. CATAUDELLA, *Note in margine alla direttiva comunitaria sulle "clausole abusive"*, in *Rassegna Giuridica En. El.*, 1994, p. 575.

²⁷⁰ A tal proposito v. V. RIZZO, *Il significativo squilibrio malgrado la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469 bis c.c.: un collegamento ambiguo da chiarire*, cit., p. 14 e E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazione del contratto*, cit. p. 96, gli autori, in particolare, pur propendendo per la tesi secondo cui la buona fede di cui all'art. 1469 bis era quella soggettiva, precisavano che il legislatore non avesse escluso la rilevanza della buona fede oggettiva, postulando appunto il «significativo squilibrio», l'esistenza del quale comportava sempre la violazione del principio di correttezza.

²⁷¹ A tal proposito si veda G. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Giur. civ.*, 1993, p. 462. In linea V. MELE, *La nullità di protezione*, in F. TOMMASI (a cura di), *Contratti e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, p. 83 che in merito al rapporto tra vessatorietà e significativo squilibrio evidenzia che si tratta di «due concetti autonomi ed autosufficienti, ciascuno dei quali idoneo a fondare il giudizio di vessatorietà». In merito al ruolo della buona fede nel giudizio di vessatorietà nell'ordinamento giuridico spagnolo, V. E. LLAMAS POMBO, *Ordinamento spagnolo e clausole vessatorie*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO, *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, p. 89 ss., spec. pp. 97-99.

²⁷² Consiglio di Stato, Sez. cons. atti normativi, 20 dicembre 2004, n. 11602, in *Foro it.*, 2005, III, c. 348 ss.

Faceva, inoltre, notare che scegliendo la buona fede oggettiva, non si sarebbe avuta «un'attenuazione della tutela del consumatore, posto che la buona fede è un parametro giudiziale di verifica e non un fatto oggetto di prova da parte del consumatore». Diversa era la posizione assunta dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato secondo la quale, modificando l'espressione nel senso suggerito dal Consiglio di Stato, si sarebbe aggravata la posizione del consumatore. Il contraente debole, al quale l'ordinamento vuole accordare una tutela di maggior spessore, sarebbe costretto a provare «la contrarietà a buona fede della clausola negoziale incriminata [...] dato che in Italia, al contrario di altri paesi europei, la buona fede si presume»²⁷³. Il legislatore nel testo definitivo dell'art. 33 del Codice del Consumo ha disatteso il parere del Consiglio di Stato e ha conservato l'inciso «malgrado la buona fede». Nella Relazione di accompagnamento al decreto si spiega che «il testo attuale offre un maggior livello di tutela al consumatore, permettendo di qualificare come abusive, le clausole contrattuali che determinano un significativo squilibrio tra le prestazioni, in danno del consumatore, nonostante la buona fede soggettiva dell'altro contraente, senza richiedere l'accertamento ulteriore della violazione delle regole della buona fede»²⁷⁴.

Entrambe le tesi, pur muovendo da premesse opposte, pervengono a riconoscere entrambe l'importanza, nel giudizio di valutazione della vessatorietà delle clausole, della buona fede oggettiva, qualificato quale principio ispiratore della tutela accordata dalla normativa²⁷⁵.

²⁷³ In Boll. Aut. Gar. Conc. Merc., 23 maggio 2005, n.18, reperibile in www.agcm.it.

²⁷⁴ Cfr. E. CAPOBIANCO, *Sub art. 33 c. cons.*, in E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, p. 149.

²⁷⁵ Sul punto, M. FACCIOLI, *Sub art. 33 c. cons.*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, p. 264. Giova ribadire, che recentemente gli organi comunitari hanno rettificato la versione italiana dell'art.

7.1. Segue. La clausola generale di cui al comma 1, dell'art. 33 c. cons.

La ricostruzione appena esposta, che ha alimentato accesi dibattiti, sembra perdere la propria forza a fronte della rettifica dell'art. 3 del testo italiano della direttiva 93/13/CE. L'inserimento della formula «in contrasto con il requisito della buona fede», in sostituzione dell'ambiguo «malgrado la buona fede» sembra non lasciare spazio ad alcuna interpretazione soggettivistica di quell'inciso «malgrado il requisito della buona fede», che ancor oggi compare nell'art. 33 c. cons. A ben vedere se la logica è quella dei contratti di massa, che si sostanziano in una mera adesione a moduli unilateralmente predisposti dal professionista, occorre interrogarsi, a parere di chi scrive, su quale sia il problema principale dei contratti connotati da asimmetria, per poter così valutare il ruolo della clausola generale di cui al comma 1, dell'art. 33 c. cons. Il problema centrale è quello di proteggere il contraente debole da contrattazioni asimmetriche. E se questo è vero, allora, occorre far leva non sulla buona fede²⁷⁶ del predisponente, ma su canoni prevedibili e riconoscibili²⁷⁷.

Se si analizza il panorama giurisprudenziale²⁷⁸ si può notare che finora le pronunce di declaratoria della vessatorietà più che ancorarsi al principio

3, comma 1, della direttiva 93/13/CEE, ritenendo che la stessa, in tal punto, fosse stata tradotta in maniera impropria. Così, in sostituzione dell'inciso «malgrado la buona fede» è stata inserita la formula «in contrasto con il requisito della buona fede». Cfr. GUCE, 137/13 del 4 giugno 2015.

²⁷⁶ Come si è avuto modo di verificare, gli stessi fattori della tesi soggettivistica concludevano che la buona fede del predisponente non rilevasse ai fini della declaratoria di vessatorietà.

²⁷⁷ A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1488.

²⁷⁸ In giurisprudenza, si vedano a titolo meramente esemplificativo, Trib. Benevento, 25 marzo 2008, in *De Jure on line*, in cui la vessatorietà viene dichiarata in forza della lettera f), comma 2, dell'art. 33 c. cons. che dispone che si presume vessatoria fino a prova contraria la clausola che abbia per oggetto o per

effetto di «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». Nel caso di specie, alcuni proprietari si erano rivolti ad una agenzia di intermediazione immobiliare in quanto, dovendosi trasferire in un'altra città per gravi motivi familiari, avevano deciso di vendere l'abitazione. Tre giorni dopo la stipulazione del contratto di mediazione, venuta improvvisamente meno la necessità di trasferirsi, avevano immediatamente comunicato all'agenzia immobiliare di non volere più alienare l'immobile. Convenuti in giudizio dall'agenzia per il pagamento della penale di euro 6.000,00, in considerazione del breve tempo intercorso tra la stipula del contratto d'intermediazione e la revoca dell'incarico, chiedevano il rigetto della domanda ed in via gradata, in caso di accoglimento della domanda, la riduzione del compenso ad una somma corrispondente alle sole spese effettivamente sostenute dall'attore. Secondo il Tribunale la clausola del contratto di mediazione immobiliare prevedeva una clausola dal contenuto e dalla natura vessatoria ai sensi dell'art. 33 comma 2, lett. f), d.lg. 6 settembre 2005, n. 206, e in quanto tale nulla e rilevabile di ufficio dal giudice (ai sensi dell'art. 36 comma 3). La vessatorietà della clausola, inserita nel contratto predisposto dal mediatore professionista e sottoposto alla sottoscrizione del committente consumatore, derivava dalla previsione di una penale d'importo manifestamente eccessivo e pertanto nulla. In linea, Trib. Torino, 28 maggio 2007, in *Giur. merito*, 2008, p. 193 ss. Si veda anche Trib. Bologna, 3 ottobre 2000, in *De Jure on line*, in cui si dichiara la vessatorietà ai sensi della lett. u), comma 2, art. 33 c. cons., in *Corr. giur.*, 2001, p. 52.; Cass., 30 aprile 2012, n. 6639, in *De Jure on line*, in cui nel rigettare il ricorso, conferma la posizione della Corte d'Appello di Torino, circa la vessatorietà di una clausola, ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. e), c. cons., diretta a sanzionare la lesione inferta all'equilibrio negoziale che si concretizza nel trattenimento di una somma di danaro ricevuta prima dell'esecuzione delle prestazioni derivanti dal contratto, qualora non si ponga a carico dell'*accipiens* un obbligo restitutorio e un ulteriore obbligo sanzionatorio nel caso che sia egli stesso a non concludere o a recedere. La Suprema corte afferma, oltretutto, che la previsione *de quo* «è applicabile in presenza non solo di un contratto già concluso ed impegnativo per entrambi i contraenti, ma anche di un negozio preparatorio vincolante per il consumatore, quale quello discendente da una proposta irrevocabile, tutte le volte che il consumatore stesso - nel versare, contestualmente all'impegno assunto, una somma di denaro destinata ad essere incamerata dal destinatario in caso di mancata sottoscrizione, da parte dello stesso proponente, del successivo preliminare "chiuso" o del definitivo - abbia aderito ad un testo, contenente la detta clausola vessatoria, predisposto o, comunque, utilizzato dal professionista oblatore». Ed ancora Cass., 5 maggio 2017, n. 10910, in *De Jure on line*, la quale nel confermare la sentenza della Corte d'Appello di Milano, afferma che «è

di buona fede, risultano fondate sulle previsioni espresse di cui al comma 2 dell'art. 33 e al comma 2 dell'art. 36 c. cons. (rispettivamente *grey list* e *black list*)²⁷⁹. Quanto emerge dalla prassi appare giustificato dalla minor difficoltà per i giudici nell'utilizzare le presunzioni, quali parametri di più facile «presa», piuttosto che far leva su principi elastici come la buona fede e il significativo squilibrio²⁸⁰. E tale tendenza al maggior rilievo che le «liste di clausole» assumono nella prassi giurisprudenziale appare confermata anche dallo stesso legislatore con l'introduzione nella direttiva 93/13/CE, per effetto della direttiva 83/2011/UE, dell'art. 8 *bis*. La norma impone agli Stati membri il dovere di informare la commissione

presuntivamente vessatoria la clausola, contenuta in un contratto di iscrizione a una scuola materna, in virtù della quale, in caso di revoca dell'iscrizione prima dell'inizio delle lezioni, permane l'obbligo di pagare l'intera retta annuale», ritenendo quindi «applicabile alla fattispecie la presunzione di vessatorietà di cui all'art. 33, lett. g), del Codice del consumo, secondo cui, si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché di 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».

²⁷⁹ In dottrina E. FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 54 ss. sostiene che «diventa persino artefatto parlare di specificazioni del parametro generale, quando i casi di vessatorietà legalmente censiti sembrano vivere di vita propria e recidere il cordone che li lega alla buona fede e al significativo squilibrio». S. TROIANO, *Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*, in G. ALPA e S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Milano, 2003, p. 60 ss.

²⁸⁰ Di ciò sembra conscio lo stesso legislatore europeo. Infatti, se si fa riferimento agli artt. 84-85 CESL – Proposta di Regolamento europeo del Parlamento e del Consiglio, dell'11 ottobre 2011, relativa ad un diritto comune europeo sulla vendita, ritirata almeno momentaneamente dalla Commissione - si può notare sì la presenza di parametri generali, ma anche quella di regole analitiche, che si concretizzano in liste di clausole tipizzate. Sul punto si veda S. PATTI, *Le clausole abusive e l'«optional instrument» nel percorso di armonizzazione in Europa*, in *Contr. impr. Eur.*, 2011, p. 686 ss.

ogniqualevolta introducano disposizioni contenenti «liste di clausole contrattuali che devono essere considerate abusive», affinché la stessa, ai sensi del secondo e del terzo comma dell'art. 8 *bis*, divulghi, tramite apposito sito *web* le informazioni raccolte a professionisti e consumatori, agli altri Stati membri e al Parlamento europeo. In tal modo, al di là dell'obiettivo dell'armonizzazione massima che anima il legislatore comunitario e che risulta evidente dalla disposizione in commento²⁸¹, emerge la centralità e rilevanza attribuita agli elenchi, tanto che l'adozione degli stessi richiede ampia pubblicità e divulgazione. Però, se è vero che sul piano pratico appare più agevole ancorare il giudizio di vessatorietà di una clausola a liste legalmente predisposte, piuttosto che indagare sugli elementi connotanti la clausola generale di cui al primo comma dell'art. 33 c. cons., è anche vero che non va persa di vista la *ratio* della normativa. Quindi se l'obiettivo è quello di accordare una maggior tutela al consumatore non può essere sminuita e posta in secondo piano la clausola generale di cui al primo comma dell'art. 33 c. cons. Essa costituisce norma di apertura del sistema, conferendo allo stesso l'elasticità necessaria a consentire all'autorità giudiziaria di andare ben oltre le ipotesi tipizzate, per poter così tutelare il contraente debole anche di fronte a situazioni di squilibrio non rientranti in quelle espressamente previste. La clausola generale è quindi punto di partenza ed elemento imprescindibile ai fini di una effettiva tutela del consumatore. Una clausola che ruota attorno al significativo squilibrio, che a sua volta va valutato secondo il metro della buona fede oggettiva di cui costituisce espressione. Così la buona fede

²⁸¹ E. FERRANTE, *Alcune considerazioni « malgrado » o « contro » la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, cit., p. 54, il quale sottolinea che «Se infatti l'obiettivo è giungere a normative fortemente armonizzate, esso pare più facilmente raggiungibile con previsioni analitiche, che richiedano una limitata opera di riempimento da parte dei legislatori dell'attuazione e dei destinatari ultimi delle norme, vale a dire i giudici nazionali».

quale fondamento e principio ispiratore della disciplina in commento²⁸² opera nel giudizio di vessatorietà²⁸³, mantenendo «il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione»²⁸⁴. Ciò consente di giustificare la *vis expansiva* della normativa di settore nel diritto dei contratti, nel senso della sua possibile applicazione, come si è accennato al principio di questo lavoro, a fattispecie non regolate.

7.2. Segue. Il significativo squilibrio.

Al di là della diatriba tra buona fede soggettiva e buona fede oggettiva, va constatato che tra «significativo squilibrio» e «buona fede» l'attenzione viene, in via preminente, riservata al significativo squilibrio²⁸⁵, giungendosi, talora, a dubitare della possibile superfluità del richiamo alla buona fede. La tutela del contraente debole ruota, quindi, intorno all'accertamento del significativo squilibrio, che si pone come espressione del principio della buona fede, la quale, a sua volta, funge da metro di valutazione della significatività dello squilibrio²⁸⁶. Configurata, nei termini sopra delineati, la natura oggettiva della buona fede, una volta valutata la significatività dello squilibrio, non vi è più alcuno spazio per utilizzare la

²⁸² Cfr. V. RIZZO, *Il significativo squilibrio «malgrado» la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469 bis c.c.: un collegamento «ambiguo» da chiarire*, cit., p. 590, il quale richiamando l'interpretazione della dottrina tedesca in merito al par. 307 *BGB*, definisce il «significativo squilibrio» come «concretizzazione contenutistica» del criterio della buona fede, ovvero «forma speciale ed assertiva» di quello.

²⁸³ M. FACCIOLI, *Sub art. 33 c. cons.*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, p. 273.

²⁸⁴ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *DeJure on line*.

²⁸⁵ E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, cit., p. 57, che in merito al significativo squilibrio evidenzia che esso «costituisce l'unico, vero ed effettivo parametro al quale viene ancorato il giudizio di vessatorietà».

²⁸⁶ Cfr. V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore» (la novella al codice civile)*, cit., p. 11.

buona fede come ulteriore vaglio di vessatorietà²⁸⁷. In altri termini, chi scrive condivide quell'orientamento dottrinale in forza del quale, il principio *de quo* non rappresenta un filtro ulteriore di tutela del consumatore, in quanto la valutazione secondo buona fede è già implicita nell'accertamento dello squilibrio e nell'applicazione dei criteri di valutazione dello stesso²⁸⁸. Questa assegnazione di un ruolo di primo piano al significativo squilibrio avviene anche a livello giurisprudenziale e la Corte di Cassazione²⁸⁹ si è, in più occasioni pronunciata, affermando che la vessatorietà della clausola e del contratto ai sensi dell'art. 33, comma 1, del Codice del Consumo, si sostanzia nel significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto²⁹⁰.

²⁸⁷ M. FACCIOLI, *Sub art. 33 c. cons.*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, p. 266 ss.

²⁸⁸ V. RIZZO, *Il significativo squilibrio «malgrado» la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469 bis c.c.: un collegamento «ambiguo» da chiarire*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 497 ss; ID., *La disciplina del codice civile sulle condizioni generali di contratto e la tutela dell'aderente-consumatore: sua insufficienza*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2004; ID., *Commento sub art. 33, comma 1, cod. cons.*, in E. CESÀRO (a cura di), *I contratti del consumatore – Commentario al Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, 2007. A. BARENGHI, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, Napoli, 1996, p. 35 ss.

²⁸⁹ Cass., 8 luglio 2015, n. 14287, in *De Jure on line*. In precedenza Cass., 20 marzo 2010, n. 6802, in *ivi*; Cass., 20 agosto 2010, n. 18785, *ivi*; Cass., 15 luglio 2016, n. 14422, *ivi*; Cass., 26 settembre 2008, n. 24262, *ivi*; Cfr., altresì Cass., 28 giugno 2005, n. 13890, *ivi*. Sentenze, queste, in cui la Corte sottolinea il ruolo di primario rilievo assunto, nell'ambito del sindacato di vessatorietà, dalla valutazione della sussistenza del significativo squilibrio.

²⁹⁰ Aprendo una breve parentesi, con riferimento a quanto era contenuto nella Proposta di regolamento europeo sulla vendita, presentata in data 11 ottobre 2011, appare utile notare come la sua entrata in vigore avrebbe potute determinare un arretramento di tutela per il consumatore, almeno rispetto a quanto stabilito dalla normativa italiana. Tutto ciò, poiché, nell'art. 83 della Proposta di regolamento, veniva utilizzata la formula «in contrasto con la buona fede e la correttezza», aprendo la via al controllo giudiziale sulle clausole abusive, non limitato all'accertamento dello squilibrio normativo, ma esteso anche alla valutazione

Considerando il «significativo squilibrio» come «l'unico, vero ed effettivo parametro al quale viene ancorato il giudizio di vessatorietà»²⁹¹, occorre interrogarsi sulla natura dello stesso, o meglio, su quando lo squilibrio sia rilevante. Ai sensi del comma 1, dell'art. 33, c. cons. esso è rilevante solo se significativo, ancorando la sua rilevanza all'effettiva lesione degli interessi del consumatore. Si è detto infatti che il significativo squilibrio costituisce una proiezione del canone della buona fede, la quale non consente di dare rilievo a squilibri «trascurabili», tali cioè da non pregiudicare in maniera apprezzabile gli interessi del consumatore. È inevitabile, quindi, che la valutazione della significatività andrà condotta alla stregua delle circostanze del caso concreto e sulla base dei criteri di cui all'art. 34 c. cons.²⁹². Sul concetto di rilevanza degli interessi, si ritiene di aderire alla posizione di quella parte della dottrina che ritiene sufficiente un «minimo di rilevanza» dello squilibrio²⁹³. Solo questa interpretazione può

della condotta del professionista: alla luce di ciò, il giudice avrebbe potuto valutare una clausola abusiva, se oltre a provocare uno squilibrio dei diritti ed obblighi a scapito del consumatore, essa sia stata predisposta attraverso una condotta del professionista, in contrasto con la buona fede e correttezza, e quindi si sarebbe dovuto tener conto, ai fini dell'abusività, di un elemento aggiuntivo, cioè del comportamento del professionista, che invece non è richiesto nella stessa valutazione dall'ordinamento italiano.

²⁹¹ V. E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2010, p. 57.

²⁹² L'art. 34 c. cons. prevede che il giudizio sulla vessatorietà della clausola deve condursi tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto, delle circostanze esistenti al momento della sua conclusione e delle altre clausole del medesimo contratto o, addirittura, di quelle contenute in un accordo collegato o da cui questo dipende. Al riguardo V. Corte giust., sez. III, 23 aprile 2015, C-96/14, in *InfoCuria on line*, in cui si afferma che «la valutazione di vessatorietà di una clausola deve tenere conto tanto della natura, dell'economia generale e delle stipulazioni dell'insieme contrattuale nel quale la stessa è inserita, nonché del suo contesto giuridico e fattuale».

²⁹³ S. TROIANO, *Sub art 1469-bis, 1° comma*, in M. BIANCA e D. BUSNELLI, *Commentario al capo XIV bis del codice civile. Dei contratti del consumatore. Art 1469 bis-1469 quinquies*, Padova, 1999, p. 92.

ritenersi in linea con la *ratio* della normativa di protezione del contraente debole che conduce a rigettare l'idea della rilevanza dei soli abusi gravi²⁹⁴.

Un altro aspetto deve essere tenuto in considerazione. Ai sensi del comma 1 dell'art. 33 c. cons. lo squilibrio rilevante ai fini della abusività non è quello di carattere economico, bensì quello normativo. Il comma richiamato, infatti, fa riferimento ai diritti ed obblighi derivanti dal contratto. A conferma di ciò, nel comma 2 dell'art. 34 del Codice del Consumo, ripreso dall'art. 4, comma 2 della direttiva 93/13/CEE, si legge che «la valutazione del carattere vessatorio della clausola, non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibili». Pertanto, non si intende controllare il rapporto tra il valore economico delle prestazioni, cioè la convenienza economica dell'affare, bensì che vi sia equilibrio tra le posizioni giuridiche che la clausola attribuisce alle parti, con la precisazione che, sebbene il legislatore parli di diritti ed obblighi, in realtà intende riferirsi a tutti gli effetti giuridici del contratto²⁹⁵. Inoltre, nonostante lo squilibrio rilevante sia quello normativo, occorre sottolineare che non è sufficiente che i diritti e gli obblighi ricadano su entrambe le parti. Si ritiene, infatti, che lo squilibrio non possa essere inteso in senso formale, ma debba essere valutato in senso sostanziale, visto che in tale direzione spingerebbe il

²⁹⁴ In dottrina si perviene ad analoghe conclusioni respingendo la tesi relativa alla contrarietà a buona fede quale requisito ulteriore nel giudizio di vessatorietà, ritenendosi che prevedere una soglia di pregiudizio particolarmente elevata, finirebbe per limitare eccessivamente la tutela del consumatore. Sul punto M. FACCIOLO, *Sub art. 33 c. cons.*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, p. 273.

²⁹⁵ Così S. TROIANO, *Sub art 1469-bis, 1° comma*, in M. BIANCA e D. BUSNELLI, *Commentario al capo XIV bis del codice civile. Dei contratti del consumatore. Art 1469 bis-1469 quinquies*, Padova, 1999, p. 80.

principio di buona fede²⁹⁶. Il problema riguarda allora quelle clausole c.dd. reciproche o bilaterali, che attribuiscono un diritto sia al professionista che al consumatore o fanno ricadere un obbligo su entrambi. Per la giurisprudenza la bilateralità di una clausola non è sufficiente ad escludere la vessatorietà²⁹⁷, in quanto non ci si può arrestare ad un meccanico raffronto formalistico tra le posizioni giuridiche attribuite all'una e all'altra parte, ma occorre «aver riguardo all'effettiva incidenza che tali posizioni giuridiche, nel loro contenuto sostanziale, hanno sul perseguimento degli interessi (anche economici) in causa»²⁹⁸. Se è vero, come è vero, che occorre aver riguardo dell'incidenza sostanziale delle conseguenze giuridiche della clausola sui concreti interessi delle parti, la vessatorietà di una clausola bilaterale non può essere esclusa *a priori*, in quanto la previsione, di un medesimo diritto a favore di entrambe le parti può determinare un significativo squilibrio a carico del consumatore, ove tale diritto corrisponda ad un interesse rilevante facente capo al professionista, ma sia insignificante – o quasi – per il consumatore²⁹⁹.

In realtà, occorre constatare che, la separazione tra profilo economico del contratto e quello normativo non è poi così netta, dato che qualsiasi clausola di un contratto, che è uno strumento di regolazione di rapporti

²⁹⁶ Vedi S. TROIANO, *op. ult. cit.*, p. 85.

²⁹⁷ V. tra le varie, Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Foro italiano*, 2000, I, c. 2045: nella specie si trattava della clausola che attribuiva ad entrambe le parti un potere di recesso con un termine di preavviso di un solo giorno e, pertanto, irragionevole.

²⁹⁸ M. FACCIOLO, *Sub art. 33 c. cons.*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, p. 271.

²⁹⁹ Cfr. M. FACCIOLO, *Sub art. 33 c. cons.*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, p. 271 ss., per una analisi in merito allo squilibrio formale e sostanziale. In giurisprudenza, V. Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Contratti*, 2001, p. 561 ss., in cui si evidenzia che «La bilateralità del recesso non è sufficiente, in sede di rimedio inibitorio general-preventivo, a superare lo squilibrio delle parti».

patrimoniali, è in grado di incidere sulla convenienza economica dell'affare. Inoltre, il profilo economico può rilevare anche ai fini dell'accertamento della vessatorietà poiché un eventuale squilibrio di alcune clausole può risultare «riequilibrato da un prezzo conveniente»³⁰⁰ e ciò che è abusivo ad un prezzo può essere perfettamente equo ad un altro.

Di conseguenza, l'affermazione secondo cui, lo squilibrio non è quello economico ma quello normativo, non ha carattere assoluto. Ciò appare dimostrato dal comma 2, art. 34, c. cons. ai sensi del quale ove manchi la chiarezza e la comprensibilità del regolamento contrattuale, il sindacato potrà investire, anche le clausole attinenti al profilo economico del contratto³⁰¹. Se si legge tale comma, in correlazione con il comma 1, dell'art. 34 c. cons., se ne ricava che dato che nel valutare la vessatorietà di una clausola, occorre tenere conto di tutte le altre clausole del contratto, il sindacato si estenderà, in via indiretta, anche alle clausole che definiscono il profilo economico del contratto quando esse siano formulate in modo non chiaro e non comprensibile. Il fatto che il confine tra profilo economico del contratto e profilo normativo dello stesso non sia netto, risulta poi, ulteriormente confermato da una serie di elementi presenti nella direttiva e nella normativa italiana, dai quali emerge che certe clausole non vengono esentate dal giudizio di vessatorietà laddove esse, pur incidenti sull'aspetto economico del contratto, in realtà, influiscono direttamente sulla posizione giuridica delle parti e, dunque, sul profilo normativo del contratto. Si pensi al fatto che tra le clausole da presumersi abusive, ne sono inserite alcune riguardanti la determinazione del prezzo, nonché, la

³⁰⁰ Sul punto vedi G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, c. 153.

³⁰¹ A tal proposito v. V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 40, il quale sottolinea che «il livello dei prezzi è irrilevante, solo se il contratto lo indica “in modo chiaro e comprensibile”; ma se questo precetto di trasparenza è disatteso, sì che le indicazioni relative al prezzo risultano poco decifrabili, anche il corrispettivo può sindacarsi come potenzialmente squilibrante, quindi vessatorio».

sua modificazione e il suo adeguamento ovvero altre che riguardano la modificazione o il controllo delle caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire³⁰². Ma vi è di più, poiché nel 19° considerando della direttiva si precisa che «nella valutazione del carattere abusivo di altre clausole, si può comunque tener conto dell’oggetto principale del contratto e del rapporto qualità-prezzo». Si può ritenere che, il legislatore comunitario abbia aperto, quindi, la strada all’idea di un «recupero del prezzo, (pur essendo esso di per sé escluso dal controllo), nell’ottica di una valutazione complessiva, quale parametro della vessatorietà, al fine di verificare la sussistenza di un significativo squilibrio»³⁰³. Alla luce di ciò, la scelta operata dal legislatore è nel senso di limitare il controllo al solo equilibrio normativo tra diritti ed obblighi delle parti, escludendo tendenzialmente la possibilità di un sindacato esteso anche all’equilibrio economico tra le prestazioni. Ciò, tuttavia, non significa che non esistano strumenti giuridici in grado di attivarsi per eliminare contratti con evidenti squilibri economici, si pensi alla rescissione, di cui all’art. 1448 del Codice Civile, o alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, di cui all’art. 1467 del Codice Civile. Si tratta di istituti giuridici che investono il contratto qualora vi siano degli squilibri economici, anche nei rapporti professionista-consumatore e che, però, colpiscono la validità del contratto non solo in base alla sproporzione economica esistente tra le prestazioni dei contraenti, dovendo sussistere

³⁰² Si prenda in considerazione, ad esempio, la lett. o) dell’art. 33, comma 2, c. cons., in la presunzione di vessatorietà si ricollega al prezzo. Nello specifico si fa riferimento all’ipotesi del professionista che si è riservato il potere di modificare il prezzo per la fornitura di un bene o servizio senza che la controparte possa recedere allorché il prezzo finale risulti eccessivamente elevato rispetto a quello originario. Cfr. M. DE POLI, *Liberato mercato e controllo legale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 795, che, in relazione alle operazioni bancarie evidenzia la difficoltà di distinguere tra condizioni economiche e condizioni non economiche.

³⁰³ V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., p. 114 s., in particolare nota n. 194.

anche altri elementi³⁰⁴ affinché il contratto possa essere rescisso o risolto. Questo dimostra che l'ordinamento giuridico tende a cristallizzare il contenuto economico del rapporto tra le parti fissato al momento della stipulazione del contratto, intervenendo solo in casi particolari. L'equilibrio relativo a tale profilo del contratto, quindi, rimane escluso dalla valutazione giudiziale, in quanto rappresenta l'incontro della volontà tra i contraenti che non può, normalmente, essere messo in discussione a meno che non sussistano altri elementi che rendano necessario l'intervento riequilibrante del giudice. Dunque, nella definizione dell'oggetto principale del contratto e nella fissazione del prezzo, si lascia esercitare liberamente alla parti il loro diritto di libertà contrattuale, restringendo l'intervento del giudice ai soli casi in cui vi sia stata una violazione dell'obbligo di trasparenza. Se ciò è vero nei rapporti tra professionista e consumatore, occorre ricordare che nei rapporti tra soli professionisti ci sono casi in cui il controllo viene esteso anche al contenuto economico del contratto, come meglio argomentato nel primo capitolo. Si pensi all'art. 6, comma 3, della legge 192/1998 sulla subfornitura, che prevede espressamente un'ipotesi di nullità di una clausola contrattuale con cui il subfornitore disponga, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa intellettuale od industriale. È evidente che, in questo caso, il legislatore ha aperto la strada al giudice per valutare il contenuto economico del contratto. Invero, affinché una clausola che preveda l'utilizzo di diritti di privativa appartenenti al subfornitore, sia legittima, è necessario che il committente paghi un congruo corrispettivo³⁰⁵. Di conseguenza, il giudice potrà valutare se il corrispettivo

³⁰⁴ Nel dettaglio, nella rescissione occorre lo sfruttamento del bisogno altrui, nella risoluzione, circostanze straordinarie ed imprevedibili sopravvenute che determinano lo squilibrio contrattuale.

³⁰⁵ E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica. Oltre la fornitura*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, p. 635 ss. L'autore ritiene che per il consumatore possa ricorrersi al controllo dell'equilibrio economico del contratto qualora

pagato sia proporzionato al valore del diritto di privativa intellettuale od industriale in capo al subfornitore ed eventualmente dichiarare la nullità della clausola contrattuale che disponga, a favore del committente, i diritti di privativa suddetti³⁰⁶. Tornando all'art. 34 del Codice del Consumo, si può, dunque, affermare che, l'operazione economica posta in essere dalle parti non costituisce tendenzialmente oggetto di valutazione da parte del giudice e l'equilibrio tra i termini tra i quali lo scambio si incentra e la definizione dell'oggetto del contratto rimangono nella disponibilità delle parti, sempre che il consumatore sia posto nella condizione di comprenderne senso e portata. Soltanto, dunque, qualora le clausole concernenti l'oggetto del contratto e l'adeguatezza del corrispettivo, non siano formulate in maniera chiara e comprensibile, le stesse potranno essere sottoposte a giudizio di vessatorietà. A tal proposito, tuttavia, appare opportuno segnalare una nota sentenza della Corte di giustizia³⁰⁷ che sembra aver superato l'idea dell'«intangibilità» del profilo economico del contratto, consentendone il sindacato anche se le relative clausole sono formulate in maniera chiara e comprensibile. Si tratta del caso *Caja de Ahorros*: la questione concerneva la legittimità della normativa spagnola, che permetteva un controllo di carattere abusivo su clausole riguardanti la definizione dell'oggetto principale del contratto. In particolare, il tribunale

ricorrono, nei suoi confronti, i medesimi presupposti della fattispecie dell'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, in particolare qualora consti l'impossibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

³⁰⁶ C.M. NANNA, *Etero integrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 150.

³⁰⁷ Sentenza Corte giust., 3 giugno 2010, C-484/08, in *DeJure on line*; anche in *Obbl. contr.*, 2010, p. 62 con nota di Rossolillo, in cui si afferma che «Gli art. 2, 3 n. 1 lett. g) e 4 n. 1 Ce non ostano ad un'interpretazione degli art. 4 n. 2 e 8 della direttiva n. 93/13/Cee secondo la quale gli Stati membri possono adottare una normativa nazionale che autorizza un controllo giurisdizionale del carattere abusivo delle clausole contrattuali vertenti sulla definizione dell'oggetto principale del contratto o sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, anche se tali clausole sono formulate in modo chiaro e comprensibile».

spagnolo di primo grado, applicando la normativa interna, aveva valutato abusiva la clausola che permetteva ad un istituto di credito di arrotondare a suo favore il tasso di interesse di un mutuo. Il tribunale di secondo grado sollevava una questione pregiudiziale, chiedendo alla Corte di Giustizia se la normativa spagnola fosse conforme all'art. 4, comma 2, della direttiva 93/13/CEE che, in pratica, esclude tale tipo di accertamento. La Corte ha risolto la questione ritenendo la normativa spagnola compatibile con la direttiva, in quanto questa tende a tutelare il consumatore e siccome, allo stesso tempo, riconosce agli Stati membri la possibilità di garantire un livello di protezione per i consumatori più elevato rispetto a quello riconosciuto dalla direttiva stessa, il giudice di Lussemburgo ha concluso nel ritenere facoltativo, per uno Stato membro, introdurre nel proprio ordinamento una normativa che permetta il controllo sul contenuto economico del contratto. La principale critica mossa dalla dottrina a tale pronuncia, si è incentrata sul fatto che la direttiva 93/13/CEE, così interpretata, non garantirebbe affatto un processo di armonizzazione, se pur minimo, anzi, andrebbe a creare degli effetti distorsivi sulla concorrenza nel mercato unico. Le imprese, dovendo scegliere dove svolgere la propria attività economica, si orienterebbero verso paesi europei in cui, non sia previsto un controllo giudiziale sulle scelte contenutistiche delle operazioni economiche rivolte ai consumatori³⁰⁸. La questione è stata recentemente affrontata dal legislatore europeo con la direttiva 2011/83/UE, con la quale,

³⁰⁸ Per un'analisi approfondita delle critiche alla sentenza si veda A. VIGLIANISI FERRARO, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, in *Contratti*, X, 2010, p. 880 ss.; A. SPADAFORA, *Il demiurgo del contratto alla ricerca del «giusto processo»*, in *Giustizia civile*, I, 2011, p. 1113 ss. Di diverso avviso S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, II, 2010, p. 443 ss., il quale sostiene la legittimità della sentenza poiché il divieto di controllare l'abusività di una clausola contrattuale è limitato al prezzo in senso stretto e non si estende alla clausola incidente sul corrispettivo in cui rientrerebbe quella sull'arrotondamento per eccesso, oggetto di giudizio.

si è stabilito, all'art. 32, che gli Stati membri dovranno informare la Commissione europea nel caso in cui, adottino disposizioni che estendano il controllo di abusività all'adeguatezza del prezzo, in modo tale che, la Commissione possa pubblicizzare le informazioni e farle conoscere sia ai consumatori, sia agli altri Stati membri, nonché, al Parlamento europeo. Questo dimostra un'apertura del sistema ad un controllo che in passato era fermamente escluso - almeno nei contratti del consumatore - dando quindi seguito alla giurisprudenza comunitaria del caso *Caja de Ahorros*. Occorre, infatti ricordare che, in un primo momento, il testo della direttiva 93/13/CEE prevedeva il sindacato sul contenuto economico del contratto, ma successivamente, soprattutto a seguito delle pressioni tedesche - la Germania riteneva che un simile controllo limitasse eccessivamente il principio di autonomia privata e di libertà contrattuale³⁰⁹ - si è abbandonata tale strada, escludendo un simile controllo. Scelta questa, a suo tempo, criticata da autorevole dottrina che riteneva che in tal modo si sarebbe privato la direttiva comunitaria di incisività³¹⁰. La sentenza della Corte di giustizia sopra citata ha segnato un'importante novità, poiché nel bilanciamento tra il principio di libertà contrattuale e la tutela del consumatore, il legislatore ha preferito tutelare quest'ultima³¹¹. La direttiva

³⁰⁹ Sul punto cfr. V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., p. 34 ss.

³¹⁰ V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., p. 608. L'autore ritiene che la scelta fatta dal legislatore comunitario priverebbe di incisività la direttiva, non potendo, questa, efficacemente, applicarsi nei confronti di clausole che pur essendo svantaggiose per il consumatore, riguardano l'oggetto ovvero il prezzo della prestazione.

³¹¹ Tale apertura risultava essere ulteriormente rafforzata dalla citata proposta di regolamento europeo sulla vendita, presentata in data 11 ottobre 2011, il cui testo - prima di essere ritirato - era stato coinvolto da varie modifiche, tra le quali, per ciò che a noi in questa sede interessa, occorre far riferimento all'emendamento n. 53, approvato il 26 febbraio 2014. Con esso è stato soppresso il paragrafo 2 dell'art 80 determinando così un innalzamento del livello di tutela del consumatore, in quanto nel rapporto di vendita con un professionista disciplinato dal regolamento, sarebbe stato possibile per il giudice accertare

83/2011/UE, se relazionate con la direttiva 93/13/CEE fa emergere quindi un cambio di prospettiva, valorizzando la necessità di un controllo sostanziale del contratto funzionale a verificarne un equilibrio che non è soltanto normativo, ma anche economico³¹².

In riferimento ai rilievi precedentemente esposti, occorre tener presente che la valutazione della gravità della alterazione dell'equilibrio contrattuale, prevista in astratto dal legislatore all'art. 33, dovrà essere condotta con riguardo alle singole fattispecie concrete³¹³, attraverso un'indagine concernente tutti gli elementi del contratto, e non, quindi, esclusivamente la sola clausola in sé per sé considerata³¹⁴. Sotto il profilo soggettivo, la norma, in modo chiaro, delimita l'ambito di applicazione nel senso che lo squilibrio rilevante ai fini della dichiarazione di vessatorietà di una clausola contrattuale è, esclusivamente, quello che riverbera i propri

l'abusività di una clausola, anche se, essa avesse riguardato la definizione dell'oggetto principale del contratto ovvero l'adeguatezza del prezzo.

³¹² V. P. PERLINGIERI, *Conclusione dei lavori*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, p. 176.

³¹³ Si ritiene utile, al riguardo, segnalare un recente intervento della Corte di giustizia, che ha cercato di chiarire le problematiche connesse al giudizio di abusività delle clausole contrattuali nei rapporti tra professionista e consumatore, Corte giust., 14 marzo 2013, n. 415, in *Contratti*, XI, 2013, p. 1059 con nota di F. Della Negra. Si afferma che lo squilibrio dovrà essere valutato in concreto, ossia tenendo conto degli interessi sostanziali coinvolti. In tale circostanza la Corte ha evidenziato l'importanza che assume la clausola generale di buona fede nella valutazione di abusività: si dovrà tenere in considerazione anche nell'accertamento del significativo squilibrio.

³¹⁴ A tal proposito, v. Trib. Roma 24.3.1998, in *Foro it.*, 1999, c. 3332, in cui si afferma: «il legislatore ha vincolato l'interprete alla valutazione delle clausole impugnate di vessatorietà all'interno dell'intero contenuto contrattuale nel senso più lato possibile, tanto da includere il contenuto del contratto collegato [...] per cui l'effettiva sussistenza dello squilibrio dei diritti e obblighi delle parti non può che dipendere dallo squilibrio e rilevanza assunta dagli interessi regolati dal rapporto negoziale tra il professionista ed il consumatore, quindi, con riferimento alle singole clausole, al contratto nella sua interezza ed a quelli eventualmente collegati e preordinati».

effetti a svantaggio del consumatore. È, quindi, evidente che, in virtù della locuzione adottata con l'art. 33 comma 1, c. cons., non potranno essere dichiarate abusive le clausole che, quantunque unilateralmente predisposte dal professionista, provochino uno squilibrio ai danni di quest'ultimo. In altre parole, quindi, il professionista non potrà avvalersi della disciplina in esame per difendersi da clausole per lui pregiudizievoli. Ad ulteriore conferma, va rilevato che l'art. 33, comma 1, c. cons., va letto in combinato disposto con l'art. 36, comma 3, cod. cons., il quale parallelamente, con riferimento alla dichiarazione di nullità della clausola, prescrive che «la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice».

In conclusione, quanto esposto evidenzia che la netta separazione tra profilo economico e normativo del contratto appare fragile, dal momento in cui, essendo il contratto strumento per regolare i rapporti patrimoniali dei contraenti, anche lo squilibrio economico diviene indice di abusività e nel relativo giudizio assume decisivo rilievo, soprattutto se si considera che qualsiasi clausola relativa alle prestazioni è astrattamente idonea ad incidere sulle posizioni giuridiche delle parti³¹⁵. Di conseguenza, solo

³¹⁵ G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 152; U. MAJELLO, *Problematiche in tema di trasparenza*, in M. RISPOLI FARINA (a cura di), *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia*, Napoli, 1995, p. 313 ss.; E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003, p. 47 ss; M. DE POLI, *Liberato mercato e controllo legale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 795; E. CAPOBIANCO, *Proporzionalità e giustizia del caso concreto*, in AA. VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale nel decennio 2006-2016, Atti del 12° Convegno nazionale 11-12-13 maggio 2017*, Napoli, 2018, p. 323 ss., che evidenzia che «Il rigore della distinzione, nel senso della irrilevanza del sindacato sull'equilibrio economico del contratto e della rilevanza del sindacato sull'equilibrio giuridico, andrebbe tuttavia temperato, in applicazione del principio di proporzionalità, in relazione al caso concreto laddove con la stretta applicazione delle relative previsioni potrebbe dare risposte irrazionali a vicende rispetto alle quali il sistema potrebbe diversamente offrire risposte ragionevoli».

attribuendo all'interprete un ampio potere di indagine sulla singola fattispecie concreta, si fornisce al contraente debole piena ed effettiva tutela.

8. I criteri di accertamento della vessatorietà della clausola.

Al fine di valutare la sussistenza o meno del significativo squilibrio il legislatore individua nell'art. 34 c. cons. dei criteri strumentali. E così, l'interprete, nello svolgere il giudizio sull'abusività dovrà valutare: la natura del bene o servizio oggetto del contratto, le circostanze che ne accompagnano la conclusione³¹⁶ ed il complesso delle clausole del contratto o di altro ad esso collegato o dal quale, comunque, dipende³¹⁷. Tale disposizione induce a ritenere che la separazione tra profilo economico e profilo normativo, in realtà, non è poi così netta e definitiva. Di fatto, essendo richiesto di tener in considerazione l'intero contesto contrattuale, tutte quelle clausole attinenti al profilo economico del contratto entrano inevitabilmente in gioco nella valutazione del carattere abusivo di quelle clausole che costituiscono la parte normativa del regolamento negoziale. E così, se è vero che la clausola relativa al corrispettivo dei beni e dei servizi non è suscettibile, di per sé, del sindacato di abusività³¹⁸, è altrettanto vero che tanto il prezzo quanto la determinazione dell'oggetto del contratto concorrono, in forza del secondo

³¹⁶ Al riguardo, Corte giust., sez. III, 23 aprile 2015, C-96/14, in *DeJure on line*, in cui si evidenzia che la valutazione di vessatorietà di una clausola deve tenere conto «tanto della natura, dell'economia generale e delle stipulazioni dell'insieme contrattuale nel quale la stessa è inserita, nonché del suo contesto giuridico e fattuale».

³¹⁷ In tal senso, Corte giust., 21 febbraio 2013, C-472/11, in *DeJure on line*, in cui si afferma che «il giudizio nazionale, per valutare il carattere eventualmente abusivo della clausola contrattuale su cui è basata la domanda di cui è investito, deve tener conto di tutte le altre clausole contrattuali».

³¹⁸ Eccezion fatta per il caso in cui non sia formulata in maniera chiara e comprensibile. Sul punto, V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., p. 125 ss.

comma dell'art. 34 c. cons., alla valutazione della vessatorietà di altre clausole³¹⁹.

L'interprete nel condurre la propria valutazione dovrà tenere in considerazione la determinazione dell'oggetto del contratto o l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, qualora tali elementi non siano individuati in maniera chiara e comprensibile. È chiamato inoltre a verificare se le clausole riproducono disposizioni di legge o «siano riprodottrici 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». Ma, soprattutto, dovrà verificare se la clausola sia stata o meno oggetto di trattativa individuale³²⁰. In dottrina è stato rilevato che l'art. 34 c. cons. costituisce «una sorta di microsistema entro la disciplina generale del consumatore: esso intende fornire in modo chiaro e contestualmente non riduttivo indici e metodologie di valutazione il cui primo destinatario è il giudice e poi le parti, modulandone l'onere probatorio»³²¹.

In particolare, tra i criteri appena richiamati, occorre concentrare l'attenzione sul quello di cui al comma 4, dell'art. 34 cod. cons., il quale esclude che possano essere considerate abusive «le clausole o gli elementi

³¹⁹ Ciò si evince anche dal 19° Considerando della direttiva 93/13/CEE che diviene indicativa del fatto che anche il profilo economico del contratto può rilevare ai fini della valutazione della vessatorietà. Vi si legge infatti che «nella valutazione del carattere abusivo di altre clausole si può comunque tener conto dell'oggetto principale del contratto e del rapporto qualità-prezzo».

³²⁰ Cfr. E. CAPOBIANCO, *Sub art. 3 c. cons.*, in E. CAPOBIANCO e P. PERLINGIERI, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., p. 150 ss.

³²¹ V. S. MEUCCI, *Commento sub art.34 Cod. Cons.*, in G.VETTORI (a cura di), *Codice del Consumo - Commentario*, Padova, 2007, p. 337, secondo il quale «si tratta di un procedimento valutativo circolare: ad una prima fase incentrata sulla valutazione del significato della clausola che può condurre ad una presunzione di vessatorietà, fa seguito una seconda, che tornando alla clausola stessa, consente all'interprete una verifica in concreto attraverso i criteri predisposti dal legislatore».

della clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale», laddove «per trattativa individuale si intende che la singola clausola sia stata oggetto di specifica contrattazione tra le parti»³²². La dottrina, al riguardo ha posto in evidenza l'interpretazione letterale della norma potrebbe far pensare che il carattere dell'abusività di una singola clausola derivi dalla assenza di trattativa individuale³²³, ma così non è. L'abusività, infatti, riguarda il contenuto della pattuizione e non le modalità relative alla sua formulazione ed al suo inserimento nel testo negoziale³²⁴. Pertanto, chi scrive, ritiene di abbracciare quell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale³²⁵ che sostiene che la trattativa individuale costituisce solamente un presupposto di esclusione della clausola dalla normativa sulle clausole vessatorie³²⁶. La presenza della trattativa individuale rileva,

³²² V. A. BARENGHI, *Sub art. 34 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2008, p. 274.

³²³ E. GABRIELLI e A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Dig. Disc. publ.*, 2000, Aggiornamento, p. 229; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. com.*, 1997, I, p. 955; G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 26; V. CARBONE, *La difficile attuazione della direttiva comunitaria 93/13/CEE*, in *Corriere giur.*, 1996, p. 254.

³²⁴ E. CAPOBIANCO, *Sub art. 34 c. cons.*, in E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., p. 188 ss.

³²⁵ Al riguardo la giurisprudenza mette in evidenza che la trattativa rileva non già ai fini dell'accertamento della vessatorietà della clausola, bensì ai fini dell'applicazione o meno della disciplina di tutela del consumatore, di cui costituisce oggettivo presupposto di esclusione. Cfr. Cass., sez. III, 20 ottobre 2010, n. 18785, in *DeJure on line*, in cui la Corte precisa che «La trattativa costituisce, a tale stregua, un *prius* logico rispetto alla verifica della sussistenza del significativo squilibrio in cui riposa l'abusività della clausola o del contratto, sicchè spetta al professionista che invochi la relativa inapplicabilità dare la prova del fatto positivo dello svolgimento della trattativa e della relativa idoneità, in quanto caratterizzata dai suindicati imprescindibili requisiti, ad atteggiarsi ad oggettivo presupposto di esclusione dell'applicazione della normativa in argomento». Cfr. altresì, Cass. 26 settembre 2008, n. 24262; Cass., 28 giugno 2005, n. 13890, *ivi*.

³²⁶ F. BOCCHINI, *Tutela del consumatore e mercato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 779; E. PODOGHE, *I contratti con i consumatori*, Milano, 2000, p. 62 ss.

quindi, esclusivamente quale elemento impeditivo dell'applicazione della disciplina in esame. A prescindere da tali considerazioni, la *ratio* della norma è chiara: scopo della disciplina è tutelare il consumatore, in quanto costretto passivamente ad aderire alle clausole imposte dal professionista, ma se sulle clausole c'è trattativa, lo scopo viene meno. Ne discende che ove il consumatore abbia potuto negoziare le singole clausole, lo stesso non rivestirebbe più un ruolo passivo nel rapporto, con conseguente caducazione della necessità della tutela «rafforzata» offerta dall'ordinamento. Occorre, dunque, capire cosa debba intendersi per trattativa individuale. La direttiva 93/13/CEE, prevede all'art. 3, comma 2, che una clausola non debba considerarsi oggetto di negoziato individuale, se redatta preventivamente in un contratto di adesione, in cui il consumatore non abbia potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto. La dottrina, nel commentare la locuzione, ha affermato che «la nozione di trattativa è determinabile tenendo conto della sua negoziazione, ovvero della determinazione unilaterale della pattuizione ad opera del professionista, unilateralità che rileva non solo nel momento genetico della formazione del contratto, ma soprattutto in fase di prestazione del consenso negoziale. Al riguardo, condizione necessaria per escludere la trattativa individuale è rappresentata dalla mancanza di concreta ed effettiva possibilità per il consumatore di influire sulla determinazione del contenuto della clausola del contratto in cui è inserita o di contratti collegati»³²⁷. In giurisprudenza è ormai pacifico che al fine di escludere l'abusività di una clausola, non è sufficiente che venga dimostrato che sulla stessa si sia svolta una discussione generica, magari anche con obiezioni sollevate dal consumatore oppure una dichiarazione, sottoscritta dal consumatore, che il suo consenso è stato espresso previa trattativa³²⁸. Occorrerà, invece, la

³²⁷ V. S. MEUCCI, *Commento sub art. 34 cod. cons.*, cit., p. 356.

³²⁸ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. III, 20 agosto 2010, n. 18785, in *De Jure on line*, in cui si afferma che la trattativa deve essere individuale, seria ed effettiva

prova – il cui onere ricade sul professionista ³²⁹– che il consumatore abbia potuto esercitare un'influenza effettiva sul contenuto della clausola, il che, è stato osservato «sarà relativamente agevole constatare nei contratti *standard*, dovendosi allora riscontrare concessioni che nei moduli e formulari non erano previste ovvero, comunque sia, condizioni particolari rispetto a quanto normalmente praticato in quella serie di contratti»³³⁰.

Affinchè sussista la «trattativa» è necessario, quindi, che il consumatore abbia potuto concretamente influire sul contenuto del contratto e sulla sua formazione. E diversamente non potrebbe essere, posto che la normativa in esame mira a offrire al consumatore un tutela di carattere sostanziale, ben diversa da quella meramente formale di cui al secondo comma dell'art. 1341 c.c. Essenziale è dunque una effettiva partecipazione del contraente debole alla formazione del contratto. L'«effettività», quale carattere indefettibile che la trattativa deve assumere, rileva sotto un duplice profilo, come ha avuto modo di evidenziare attenta dottrina³³¹. Innanzitutto, essa

affinchè sia esclusa l'estensione del sindacato del giudice sulla vessatorietà o meno di una clausola. Nello specifico, la Corte afferma che «(...) come in giurisprudenza di legittimità si è già avuto modo di porre in rilievo, l'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore in argomento è peraltro in concreto esclusa allorché ricorra il presupposto oggettivo della trattativa d.lg. n. 206 del 2005, *ex art.* 34, comma 4, sempre che la medesima risulti caratterizzata dagli indefettibili requisiti della individualità, serietà ed effettività». Negli stessi termini, Cass. 20 marzo 2010, n. 6802; Cass., 26 settembre 2008, n. 24262, *ivi*.

³²⁹ Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 34 c. cons. In giurisprudenza v. Cass., 28 giugno 2005, n. 13890, in *Giurisp. commerciale*, 2005, p. 6, in cui si è affermato che «le clausole predisposte dal professionista, e contenute in moduli per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, devono essere oggetto di specifica trattativa – da provare da parte del predisponente – con il consumatore che firma il contratto per adesione».

³³⁰ V. M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1996, p. 441.

³³¹ Tra i vari, v. L.A. SCARANO, *Commento sub art. 1469 ter, comma 4*, in G. ALPA e S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori – Commentario agli artt. 1469 bis-1469s exies del codice civile*, Milano, 2003, p. 979 s.

implica la ricorrenza della fattispecie della trattativa, che sussiste, quando le parti abbiano formulato, esaminato e discusso congiuntamente proposte, ed eventualmente controproposte, relativamente ad ogni singola clausola, nonché relative alla formulazione e all'inserimento della stessa nel testo contrattuale³³². Al tempo stesso, la trattativa è effettiva quando la stessa sia stata effettuata nel rispetto della autonomia privata delle parti, intesa non solo nel senso di libertà di concludere il contratto, ma anche nel suo significato di libertà e concreta possibilità di determinare il contenuto dello stesso³³³. Occorre, quindi, che il consumatore sia stato posto nella possibilità concreta di influire sul contratto e sulla sua dimensione contenutistica, non essendo di per sé sufficiente una effettiva modifica dello stesso³³⁴. Non è, dunque, requisito necessario modificare od intervenire sulle clausole contrattuali, né è sufficiente la mera conoscenza della clausola o la sua semplice accettazione: occorre un'attività concorrente delle parti diretta a convenire il contenuto del contratto³³⁵. La trattativa dovrà, inoltre, essere seria, condotta cioè mediante l'adozione di un comportamento obiettivamente idoneo a raggiungere il risultato cui è diretta. Deve ritenersi, altresì, che essa debba rispettare anche il requisito dell'individualità. Ciò significa che la trattativa deve essere stata svolta avuto riguardo a tutte le clausole (o elementi di clausola) costituenti il

³³² Cfr. E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, cit., p. 79 ss.

³³³ In tal senso si è espressa Cass., 26 settembre 2008, n. 24262, in *De Jure on line*. Più di recente Cass., 20 agosto 2010, n. 18785, in *De Jure on line*.

³³⁴ S. MEUCCI, *Sub art. 34 c. cons.*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo – commentario*, Padova, 2007, p. 356.

³³⁵ E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, cit., p. 81 ss., in cui si specifica che «Secondo tale impostazione dottrinale, sono di per sé idonee a fondare la prova della trattativa le circostanze per le quali le condizioni unilaterali siano state lette ad alta voce ovvero illustrate o spiegate al consumatore, od ancora oggetto di doppia sottoscrizione». Cfr. F. CARINGELLA e G. DE MARZO, *I contratti dei consumatori*, Torino, 2007, p. 101 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 97.

contenuto dell'accordo, prese in considerazione sia singolarmente che nel significato che assumono nell'ambito del complessivo tenore del contratto. Occorre tener presente che molteplici sono gli orientamenti che altra dottrina sostiene nell'interpretazione dell'argomento in esame³³⁶, ma al di là dei vari suggerimenti interpretativi, l'unico «appiglio» normativo è la direttiva comunitaria. Questa precisa che si ha assenza di negoziato individuale quando una clausola «è stata redatta preventivamente, in particolare nell'ambito di un contratto per adesione, e il consumatore non ha, di conseguenza, potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto. Il fatto che taluni elementi di una clausola o che una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale, non esclude l'applicazione del presente articolo alla parte restante di un contratto, qualora una valutazione globale porti alla conclusione che si tratta comunque di un contratto per adesione»³³⁷. In conclusione, prendendo le mosse dalla normativa comunitaria, senza tralasciare i vari profili interpretativi messi in luce dalla dottrina e dalla giurisprudenza, occorre ritenere che sussista una negoziazione individuale soltanto qualora vi sia stato un effettivo scambio contestuale, tra professionista e consumatore, di proposta ed accettazione con riguardo alle singole clausole contrattuali. Sembra infatti, che il legislatore comunitario, nel riferirsi alla trattativa individuale sulla singola clausola, abbia voluto intendere quest'ultima come un qualcosa di differente rispetto al contratto stesso. Un'entità che deve avere dei propri connotati e un proprio procedimento, il cui rispetto, in termini di effettività, serietà e individualità, conduce ad escludere la clausola dal sindacato di vessatorietà.

³³⁶ Per i quali si rimanda a E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, cit. p. 81 ss.

³³⁷ Cfr. art. 3.2 dir. 93/13/CEE.

CAPITOLO III
VESSATORIETÀ E RIMEDI

SOMMARIO: 1. Il regime sanzionatorio: una nullità lontana dalla tradizionale invalidità radicale, necessaria ed irrecuperabile. - 2. I profili non espressamente disciplinati: prescrizione, sanatoria e opponibilità ai terzi. - 3. I contributi della giurisprudenza in ordine alla nullità di protezione: un modello «costruito» dalle pronunce della Corte di Giustizia. - 4. La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie: art. 37 del Codice del Consumo. - 5. La valutazione della vessatorietà in sede inibitoria: i criteri di cui al Titolo I in un giudizio general-preventivo. - 6. La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie: art. 37 *bis* del Codice del Consumo. - 7. Un ulteriore strumento di tutela: l'azione di classe. Cenni.

1. Il regime sanzionatorio: una nullità lontana dalla tradizionale invalidità radicale, necessaria ed irrecuperabile.

Chiariti i criteri che devono guidare l'interprete nella valutazione dell'abusività delle clausole contrattuali occorre ora concentrare l'attenzione sui rimedi posti a presidio degli interessi del consumatore a fronte dell'inserimento nel contratto di clausole vessatorie. *In primis*, ci si deve soffermare sullo strumento individual-successivo disciplinato dall'art. 36 c. cons.: la c.d. nullità di protezione. La direttiva 93/13/CE nell'astenersi dall'indicare i rimedi avverso la vessatorietà delle clausole, aveva rimesso la relativa scelta ai singoli Stati membri, limitandosi ad indicare agli stessi i parametri entro i quali dettare la relativa disciplina. A tal proposito, la direttiva all'art. 6.1 prevedeva, quale criterio generale, che le clausole abusive dovevano vincolare il consumatore alle condizioni stabilite dalle loro leggi nazionali e che, il contratto doveva restare vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso potesse sussistere senza le clausole abusive. Il legislatore italiano, in un primo momento, aveva ricondotto all'interno dell'art. 1469 *quinquies* del

Codice Civile, quale rimedio utilizzabile dinnanzi ad una clausola abusiva, la sanzione dell'inefficacia, dando origine ad un ampio dibattito in dottrina. Vi era, infatti, chi propendeva per l'inefficacia in senso stretto³³⁸, cioè come categoria avente autonomia sistematica che non fa conseguire l'invalidità del contratto. Questa posizione si basava, sia sul tenore letterale dell'articolo, sia sulla considerazione dei lavori preparatori della legge di attuazione, quando la previsione della nullità era stata chiaramente abbandonata in favore dell'inefficacia, ritenuta maggiormente protettiva per il consumatore. Altra parte della dottrina³³⁹, invece, riconduceva, l'inefficacia all'interno del concetto di nullità, ma una nullità particolare, definita, appunto, «di protezione»³⁴⁰, finalizzata alla tutela del solo interesse del consumatore e differente rispetto alla tradizionale nullità, sotto vari profili, quali la non estensione all'intero contratto, la legittimazione relativa, la rilevabilità d'ufficio nell'interesse del consumatore³⁴¹. Con l'entrata in vigore del Codice del Consumo si è posto fine alla diatriba. L'art. 36 c. cons. prevede e disciplina infatti la nullità

³³⁸ In questo senso, v. G. ALPA, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 1996, p. 46; A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: contratti del consumatore e condizioni generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1996, p. 501; P. CHIRICO, *Sub art. 1469 quinquies, comma 1*, in E. CESÀREO, *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 1996, p. 500.

³³⁹ In tal modo, M. NUZZO, *Art. 1469 quinquies*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, p. 1219; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 432 ss.; A. BELELLI, *Sub art. 1469 quinquies*, in G. ALPA e S. PATTI, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, 2003, p. 1034, in cui si evidenzia il carattere ibrido del rimedio contenuto nella disposizione. Secondo l'Autore la disposizione ha introdotto nell'ordinamento una particolare forma di nullità a protezione del consumatore che si distingue dalla nullità tradizionale, poiché non ha carattere assoluto, ma anche dall'inefficacia, poiché è rilevabile d'ufficio.

³⁴⁰ Sulle nuove tipologie di nullità di veda P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 437; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 33.

³⁴¹ M. NUZZO, *Art. 1469 quinquies*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, p. 1219

quale rimedio sanzionatorio nei confronti di una clausola abusiva, accogliendo così il parere espresso dal Consiglio di Stato³⁴² e attribuendo, in tal modo, rilevanza ad una categoria fino a quel momento solo dottrinale. La nullità di protezione³⁴³, che si caratterizza poiché colpisce soltanto la clausola vessatoria, mentre il contratto mantiene piena validità per la restante parte, costituisce una deroga all'art 1419, comma 1, del Codice Civile (quindi alla nullità parziale), che prevede l'estensione della invalidità all'intero contratto, quando risulta che i contraenti non l'avrebbero concluso senza quella clausola ritenuta invalida, consentendo, dunque, al predisponente di provare che, senza la clausola, non avrebbe concluso il contratto³⁴⁴. Invece, alla luce di quanto disposto dall'art. 36 del Codice del Consumo, pur se il professionista non avrebbe concluso il contratto senza la clausola ritenuta abusiva e quindi sanzionata con la nullità, quest'ultima non si estende all'intero contratto, il quale rimane «in

³⁴² Cons. Stato, sez. cons., 20 dicembre 2004, n. 1160/04, in *Foro it.*, 2005, III, c. 348. il quale precisava che era ormai opinione dottrinale e giurisprudenziale pacifica quella secondo la quale l'espressione «inefficacia» dovesse «leggersi come sinonimo atecnico di nullità relativa o, meglio di nullità di protezione».

³⁴³ Un breve cenno merita la Proposta di regolamento europeo sulla vendita, il quale, ponendosi all'interno della tendenza protettiva della parte debole del contratto, predisponendo la non vincolatività della clausola abusiva, sia nei rapporti con i consumatori sia in quelli tra sole imprese. Esso, però, non forniva, al pari della direttiva 93/13/CE uno strumento specifico con il quale il giudice nazionale potesse invalidare le clausole abusive, disponendo semplicemente di una loro non vincolatività. Ad oggi, come già rilevato, la Proposta è stata ritirata, ma anche in questo ambito sarebbe risultata percorribile la strada dell'utilizzo dei rimedi nazionali predisposti nell'attuazione della direttiva 93/13 in tema di clausole abusive e, in particolar modo in Italia, il giudice avrebbe potuto ricorrere alla nullità di protezione secondo quanto previsto dall'art. 36 del Codice del Consumo, estendendo tale rimedio, mediante il ricorso ad analogia, anche all'invalidità delle clausole nei rapporti di vendita tra professionisti.

³⁴⁴ P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 223 ss. G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contratto Impresa*, 1999, p. 1332 ss.

vita» sempre che possa sussistere senza le clausole abusive³⁴⁵. Emerge in tal modo il chiaro intento di tutelare il consumatore, che normalmente ha interesse a mantenere in vita il rapporto³⁴⁶. Disciplinare la sanzione alle clausole abusive, sulla base di quanto dispone il nostro codice civile non sarebbe stato in linea con la *ratio* della normativa protezionistica, posto che difficilmente il consumatore, correndo il rischio che l'intero negozio possa perdere la propria efficacia, avrebbe intrapreso azioni giudiziarie volte a sanzionare l'inserimento nel contratto di tali clausole³⁴⁷. Questa tipologia di nullità è sorta in Italia a seguito di una attenta rivisitazione dei concetti di invalidità operata tanto in sede dottrinale, che giurisprudenziale. Su influenza della Pandentistica, tradizionalmente l'invalidità viene distinta in due forme principali: la nullità e l'annullabilità. La contrapposizione si basa principalmente, da un lato, sulla differente natura dell'interesse protetto - pubblica nella nullità, privata nella annullabilità - dall'altro, sulla diversa gradazione di invalidità - totale nella nullità, sanabile

³⁴⁵ Cfr. art. 6, comma 1, direttiva 93/13/CE. In dottrina si rileva che il contratto viene travolto quando a seguito della declaratoria di nullità di una clausola, esso si ritrova privo dei suoi elementi essenziali e dunque della causa ovvero quando l'oggetto risulti indeterminato e indeterminabile V. S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (note a margine dell'art. 1469 quinquies, commi 1 e 3, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 568 ss.

³⁴⁶ Per una lettura dell'art. 1469 *quinquies* in relazione al principio di proporzionalità si veda P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, p. 59. Circa il principio di conservazione del contratto V. M. PENNASILICO, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 702 ss.; ID., *La regola ermeneutica di conservazione nei «Principi di diritto europeo dei contratti»*, *ivi*, 2003, p. 268 ss.; ID., *Controllo e conservazione degli effetti*, *ivi*, 2004, p. 119 ss.; ID., *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, *ivi*, 2005, p. 428 ss.; ID., *L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, *ivi*, 2005, p. 744 ss.

³⁴⁷ Cfr. E. GRAZIUSO, *Sub art. 36 c. cons.*, in V. ITALIA (a cura di), *Codice del consumo, commento al d. lg. 6 settembre 2005, n. 2005, n. 206*, Milano, 2006, p. 405.

nell'annullabilità - ³⁴⁸. In realtà, poi, con il tempo, tali modelli concettuali hanno subito delle evoluzioni: lo stesso Codice del '42 presenta delle rilevanti eccezioni alle caratteristiche di invalidità appena descritte. Si è già ricordato che, l'art. 1419 c.c. fissa un'eccezione al carattere di invalidità totale della nullità, qualora non si dimostri che le parti non avrebbero perfezionato il contratto senza quelle clausole valutate poi abusive; ma, anche l'art. 1424 c.c. consente di mantenere il vincolo contrattuale, anche di fronte ad un'ipotesi di nullità, quando esistono i presupposti per convertirlo in un patto sostitutivo capace di garantire la realizzazione dello scopo a cui i contraenti aspiravano con il primo contratto. In tal caso, l'oggetto di valutazione risulta essere la volontà ipotetica dei contraenti e la sostituzione del contratto nullo potrà avvenire se, a seguito di tale esame, l'interprete potrà affermare che le parti – che hanno voluto il primo contratto – avrebbero voluto anche il secondo, in quanto, gli farebbe conseguire il medesimo risultato economico dell'accordo invalidato³⁴⁹. Quindi, ciò ci consente di affermare che non sono estranee, all'esperienza giuridica italiana, ipotesi di conservazione del contratto - in base ad un'indagine sulla volontà delle parti - che derogano al concetto di nullità come invalidità totale. Tuttavia, vi sono delle fattispecie in cui, a prescindere dalla valutazione della volontà dei contraenti, viene disposta la conservazione del contratto. Al riguardo si può fare riferimento alla donazione di cose future (art. 771 c.c.)³⁵⁰ e ai contratti per i quali la legge predetermina una durata massima (art. 1501 c.c. sul riscatto

³⁴⁸ In questo senso S. POLIDORI, *Invalidità negoziale e diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del 4° Convegno nazionale S.i.s.d.i.c., Capri, 16-17-18 aprile 2009, Napoli, 2010, p. 351 ss.

³⁴⁹ M. NUZZO, *Note sulla conversione dei negozi giuridici*, in *Giustizia civile*, VII, 1982, p. 1896 ss.

³⁵⁰ Art. 771 c.c. «La donazione non può comprendere che beni presenti del donante. Se comprende beni futuri, è nulla rispetto a questi, salvo che si tratti di frutti non ancora separati».

convenzionale)³⁵¹. In questi casi si verifica un intervento autoritario della legge sugli effetti del negozio giuridico a prescindere da qualsiasi valutazione sulla volontà reale o ipotetica dei contraenti³⁵². Ed è ciò che avviene anche nella nullità di protezione, in cui l'asimmetria di potere contrattuale tra consumatore e professionista viene riequilibrata attraverso un intervento positivo del giudice³⁵³. Vi è quindi, in materia consumeristica, un differente presupposto applicativo, che si basa sulla posizione di inferiorità del consumatore, rispetto al professionista sia con riferimento alle trattative, che al grado di informazione. Un'inferiorità che induce il contraente debole a ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse. Alla luce di ciò ci si trova di fronte ad una nullità che di fatto combina le caratteristiche della nullità «classica» e dell'annullabilità, rendendole così molto meno distanti³⁵⁴. Essa può essere rilevata d'ufficio, seppur solamene nei casi in cui la declaratoria di nullità realizzi l'interesse della parte debole; può essere eccepita solo dal consumatore e quindi, si parla di legittimazione attiva limitata; rende invalida solamente la clausola vessatoria, senza estendersi all'intero contratto. Un tale atteggiarsi della nullità di cui si discorre risulta essere strumentale a ristabilire condizioni di mercato eque e trasparenti: essa tutela non solo il consumatore, ma anche l'imprenditore. Infatti, va rilevato che, la nullità viene richiamata non solo nell'art. 36 del Codice del Consumo, ma anche, come già si è avuto modo di verificare,

³⁵¹ Art. 1501 c.c. «Il termine per il riscatto non può essere maggiore di due anni nella vendita di beni mobili e di cinque anni in quella di beni immobili. Se le parti stabiliscono un termine maggiore, esso si riduce a quello legale».

³⁵² A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico nel diritto privato*, Torino, 1943, p. 106 s.

³⁵³ In tale senso, Corte giust., 26 ottobre 2006, C-168/05, in *DeJure on line*; Corte giust. 27 giugno 2002 C-240/98 e C-244/88, *ivi*.

³⁵⁴ S. POLIDORI, *Invalidità negoziale e diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del 4° Convegno nazionale S.i.s.d.i.c., Capri, 16-17-18 aprile 2009, cit., p. 354.

nell'art. 9 della legge sulla sub-fornitura, diventando, così, uno strumento di intervento, capace di riequilibrare situazioni in cui si perpetra un abuso – con predisposizione di clausole gravemente squilibrate³⁵⁵ – a prescindere dalle qualità soggettive dei contraenti e basandosi, invece, sul loro differente potere contrattuale.

A fronte della declaratoria della nullità di una clausola, non sempre il contratto si conserva, seppur il tenore letterale del comma 1, dell'art. 36, potrebbe indurre a ritenere il contrario³⁵⁶. Infatti, nel caso in cui il contratto, a causa del venir meno delle clausole abusive, risulti privo di uno dei suoi elementi essenziali, esso viene travolto. Va comunque specificato che in tale evenienza, il contratto, ai sensi dell'art. 1374 c.c., potrà essere integrato³⁵⁷. La giurisprudenza³⁵⁸ e parte della dottrina³⁵⁹ tuttavia non condividono l'intervento integrativo del giudice. Mentre altra parte sostiene che lo stesso trovi giustificazione nella *ratio* della normativa, ritenendo che in assenza di integrazione, la sanzione caducherebbe l'intero

³⁵⁵ S. POLIDORI, *Invalidità negoziale e diritto comunitario*, cit., p. 353.

³⁵⁶ La normativa italiana sembrerebbe offrire una tutela per il consumatore maggiore rispetto a quella garantita dell'art. 6 paragrafo 1 della direttiva 93/13, per la quale il contratto resta vincolante per le parti nei termini originari «sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».

³⁵⁷ E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazione del contratto*, Napoli, 2003, p. 105.

³⁵⁸ Corte giust., 30 aprile 2014, C-26/13, in *Contratti*, con nota di S. Pagliantini. La Corte evidenzia che «se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive, dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato dal giudice nazionale, in modo tale, quindi da garantire l'interesse di detti professionisti».

³⁵⁹ E. CAPOBIANCO, *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e princípi*, in *Albo nazionale costruttori*, 2015, p. 68 s.

contratto a pregiudizio del consumatore³⁶⁰. La questione è particolarmente significativa, non essendo previsto, nell'ordinamento italiano, il potere equitativo del giudice di rivedere il contenuto di una clausola vessatoria dichiarata nulla. Chi scrive ritiene, tuttavia, che la questione debba essere affrontata non considerando solamente la prospettiva di tutela del consumatore e il suo interesse, bensì tenendo in considerazione che la nullità in questione opera anche a tutela del mercato e del suo corretto funzionamento. A ciò è strumentale l'effetto dissuasivo nei confronti dei professionisti del rimedio in questione, che perderebbe la sua forza ove si consentisse al giudice di integrare la clausola vessatoria, modificandone il contenuto³⁶¹.

Legittimato a far valere la nullità è soltanto il consumatore, mentre tale possibilità è esclusa per il professionista. Infatti, quest'ultimo non avrebbe alcun interesse ad un'azione che, per legge, non può arrecargli alcun vantaggio. Alcuni, hanno ritenuto la previsione della legittimazione relativa incompatibile con la disposizione dell'art. 1421c.c., alla luce del quale la nullità «può essere fatta vale da chiunque vi abbia interesse», ma tale impostazione non può essere condivisa per motivi. Il primo, per il fatto che è lo stesso art. 1421 c.c. a precisare «salvo diverse disposizioni di legge»; il secondo, poiché consentire al professionista di agire in giudizio per fare accertare l'abusività della clausola contrasterebbe con il principio

³⁶⁰ Parere negativo sull'intervento integrativo del giudice viene tuttavia espresso da Corte giust., 14 giugno 2012, c. 618-10, in *Contratti*, 2013, con nota di D'ADDA; Corte giust., 30 aprile 2014, c. 26-13, *ivi*, con nota di S. PAGLIANTINI; Corte giust., 21 gennaio 2015, c. 482/13,484/13,485/13, 487/13 in *Nuova giust. civ. comm.*, 2015, I, p. 423 s. con nota di S. PAGLIANTINI. Tuttavia la Corte di giustizia ha anche precisato che la nullità della clausola possa tradursi nella nullità dell'intero contratto ove ciò vada a realizzare l'interesse del consumatore V. Corte giust., 15 marzo 2012, c. 453/10, in *Foro it.*, 2013, IV, c. 171.

³⁶¹ In tal senso già Corte giust., 14 giugno 2012, C-618/10, in *DeJure on line*.

del *nemo venire contra factum proprium*³⁶². Inoltre, occorre precisare che, nonostante tale legittimazione relativa, l'articolo in esame dispone il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità. Tale regola, non deve essere ritenuta inconciliabile con quella della legittimazione relativa, in quanto, poiché la nullità opera solo a vantaggio del consumatore, il giudice potrà esercitare il suo potere solo se il rilievo sia a vantaggio del contraente debole³⁶³. Si tratta, quindi, di un rilievo d'ufficio «condizionato»³⁶⁴, che mira a colmare carenze difensive che possono traslare sul piano processuale la debolezza del consumatore già sussistente sul piano sostanziale³⁶⁵, e, al tempo stesso, consente anche di dissuadere gli imprenditori dall'inserimento di clausole vessatorie nei contratti con i consumatori³⁶⁶. Ma vi è di più. Il rilievo d'ufficio è strumentale alla tutela di interessi che trascendono quelli del singolo consumatore. Non va sottaciuto – e con ciò intendo riallacciarmi al discorso fatto nel primo capitolo del presente lavoro – che la normativa consumeristica tutela anche il corretto funzionamento del mercato e così il rilievo officioso trova la propria giustificazione, non solo nella volontà di colmare le carenze difensive del consumatore, ma anche nell'esigenza di un mercato che operi libero da pratiche vessatorie. Questo poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche

³⁶² L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 177.

³⁶³ M. NUZZO, *Art. 1469 quinquies*, in *Nuove Leggi Civili*, 1997, p. 1221.

³⁶⁴ Cfr. F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impresa*, 2006, p. 686.

³⁶⁵ A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., p. 519.

³⁶⁶ In tal senso, Corte giust., 4 giugno 2009, c. 243/08, in *De Jure on line*; Corte giust. 27 giugno 2000, cc. 240/98-244/98, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 413; Corte giust., 14 giugno 2012, c. 618/10, in *www.curia.europa.eu*. A livello interno, si registrano le medesime posizioni cfr. Cass., 20 agosto 2010, n. 18785, in *De Jure on line*; Cass., 20 marzo 2010, n. 6802, *ivi*; Trib. Genova, 14 febbraio 2013, *ivi*.

le dinamiche concorrenziali tra le imprese. E così vengono in rilievo e si combinano tra loro interesse pubblico e interesse privato, rispettivamente presidiati dalla rilevabilità officiosa e dalla legittimazione riservata al consumatore³⁶⁷.

2. I profili non espressamente disciplinati: prescrizione, sanatoria e opponibilità ai terzi.

Occorre, poi ricordare che vi sono dei profili relativi all'argomento in questione non espressamente disciplinati. Uno, tra essi, risulta essere quello relativo alla prescrizione dell'azione, in relazione alla quale, nella vigenza dell'art. 1469 *quinquies*, vari sono stati gli orientamenti espressi in dottrina, differenti a seconda della natura giuridica che si attribuiva all'inefficacia di cui all'art 1469 *quinquies*. Così, vi era chi riconduceva la sanzione di cui all'art 1469 *quinquies* alla nullità e quindi riteneva l'azione imprescrittibile³⁶⁸; per contro, vi era chi, riconduceva la sanzione all'istituto dell'inefficacia in senso stretto, ritenendo l'azione prescrittibile³⁶⁹ e, tra questi, chi riteneva applicabile per analogia il termine quinquennale previsto per l'azione di annullamento del contratto³⁷⁰ e chi,

³⁶⁷ A testimonianza di ciò si veda la pronuncia della Suprema corte a sezioni unite che ha evidenziato che «le norme sulla nullità di protezione, tutelano interessi e valori fondamentali – quali il corretto funzionamento del mercato e l'uguaglianza, almeno formale tra contraenti deboli e forti – che trascendono quelli del singolo»; Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, I, c. 862.

³⁶⁸ V., *ex multis*, A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit., p. 430; E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003, p. 106.

³⁶⁹ Cfr. F. ALCARO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Vita notarile*, 1996, p. 1119; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 507 ss.

³⁷⁰ F.D. BUSNELLI e U. MORELLO, *La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. Notariato*, 1995, p. 379.

invece, sosteneva l'applicabilità del regime ordinario³⁷¹. In quest'ultimo caso la conseguenza era l'applicazione degli artt. 2934 e 2946 c.c., che ove non sia disposto diversamente, prevedono un termine decennale.

Oggi, alla luce della espressa previsione nell'art. 36 della «nullità» delle clausole abusive, ma anche virtù della *ratio* di tutela del consumatore che permea la direttiva 93/13 e l'intera normativa del Codice del Consumo, occorre necessariamente concludere nel senso della imprescrittibilità dell'azione.

Altro profilo su cui brevemente occorre richiamare l'attenzione, in quanto non appare espressamente disciplinato, è quello relativo alla possibilità di sanatoria. Sebbene non manchi chi sostenga il contrario³⁷², la dottrina maggioritaria³⁷³ ritiene che, dalla previsione secondo la quale la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore, si possa ricavare la possibilità per il consumatore di sanare l'invalidità con una sua manifestazione, anche tacita, di volontà. Chi scrive condivide tale impostazione, che appare in linea con il sistema, che di fatto rimette ad una sola parte – il consumatore – la scelta sulla sorte del contratto³⁷⁴.

Un ultimo aspetto sul quale soffermarsi, proprio perché non espressamente disciplinato dal legislatore, attiene all'opponibilità a terzi della sanzione. Posta la qualificazione della stessa in termini di nullità, deve ritenersi sussistere la possibilità di opposizione ai terzi, anche se in dottrina vi è chi sostiene che posto che la nullità non si estende all'intero contratto, ma investe esclusivamente la clausola vessatoria, «la validità del

³⁷¹ F. ALCARO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, cit., p. 1126.

³⁷² V. tra tutti, F. DI MARZIO, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore. Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 534.

³⁷³ S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rassegna dir. civ.*, 2003, p. 934.

³⁷⁴ S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, cit., p. 934.

titolo del dante causa non viene compromessa», il problema è irrilevante³⁷⁵.

3. I contributi della giurisprudenza in ordine alla nullità di protezione: un modello «costruito» dalle pronunce della Corte di Giustizia.

Giunti a questo punto della trattazione occorre verificare quale sia stato il contributo della giurisprudenza comunitaria in materia di nullità di protezione. Essa ha infatti pronunciato una serie di sentenze per chiarire quando, e in che modo, i giudici nazionali debbano utilizzare i rimedi contro le clausole contrattuali abusive³⁷⁶. La Corte di giustizia si è per la prima volta pronunciata introduce il concetto di nullità di protezione nel caso riguardante *Océano Grupo Editorial*³⁷⁷. In tale pronuncia, il giudice comunitario manifesta la convinzione che la direttiva 93/13 si basa sull'idea che gli squilibri contrattuali, dovuti alla disegualianza di potere tra consumatore e professionista, possono essere eliminati grazie ad un intervento da parte di soggetti estranei al vincolo contrattuale e, in particolar modo, del giudice nazionale, cui viene riconosciuta la facoltà di eccepire d'ufficio la nullità della clausola abusiva. In essa si legge che «la tutela assicurata ai consumatori dalla direttiva sulle clausole abusive comporta che il giudice nazionale, esaminando la ricevibilità dell'istanza presentatagli, possa valutare d'ufficio l'illiceità di una clausola del

³⁷⁵ A. BELLELLI, *Sub art. 1469 quinquies*, in G. ALPA e G. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Milano, 1997, p. 1033 ss.

³⁷⁶ Cfr. R. ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra corte di giustizia e sezioni unite della corte di cassazione», in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 114 ss. V. RIZZO, *La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, p. 39 ss.

³⁷⁷ Sentenza Corte di Giustizia 27 giugno 2000, in cause riunite C-240/98 C-244/98. In dottrina si veda, L. CRUCIANI, *Clausole abusive e tutela (solo procedurale?) del consumatore: le ultimissime della Corte di Giustizia*, in *Rivista critica del diritto privato*, IV, 2009, p. 658 ss.

contratto di cui è causa». Inizialmente, quindi, la Corte di giustizia, riconosce in capo ai giudici interni la facoltà di rilevare d'ufficio la nullità, anche quando non eccepita dal consumatore, poiché solo in tal modo si assicurerebbe una tutela effettiva dello stesso. Successivamente, nel caso *Mostaza Claro*³⁷⁸, la Corte ribadisce la sua impostazione con una novità. Vi si legge che la direttiva 93/13/CEE «dev'essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nel procedimento arbitrale, ma in solo quello dell'impugnazione del lodo». Non si parla più, quindi, di mera facoltà del giudice nazionale di rilevare la nullità di una clausola abusiva, ma di un dovere. Infatti, nel punto n. 38 della sentenza, il giudice di Lussemburgo afferma che «è la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela garantita ai consumatori dalla direttiva a giustificare che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale». In altri termini, il dovere del giudice di valutare d'ufficio la natura abusiva della clausola discende direttamente dalla natura imperativa dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce³⁷⁹. Si può notare un cambio di prospettiva consistente nel ritenere l'art. 6, della direttiva 93/13³⁸⁰, una norma imperativa equivalente

³⁷⁸ Corte Giust., 26 ottobre 2006, C-168/05, in *De Jure on line*; in dottrina si veda P. MENGOZZI, *Il ribadimento di un approccio ispirato ad un principio personalistico nella giurisprudenza comunitaria relativa alla protezione dei consumatori*, in *Studi sull'integrazione europea*, I, 2009, p. 209.

³⁷⁹ Cfr. L. DANIELE, *Direttive per la tutela del consumatore e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in *Dir. un. Eu.*, 2011, p. 68 ss.

³⁸⁰ L'art. 6 della direttiva 93/13 dispone che: 1. Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato tra consumatore e professionista no vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro

alle disposizioni nazionali che occupano il rango di norme di ordine pubblico, per cui la disposizione, in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali, mira a sostituire l'equilibrio formale fra i diritti e gli obblighi delle parti delineato dal contratto, con un equilibrio effettivo, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza sostanziale dei contraenti³⁸¹. La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione da parte del giudice nazionale, è stata poi confermata anche dal caso *Pannon*³⁸², in cui, in particolare, si chiedeva se un giudice nazionale potesse pronunciarsi sull'abusività di una clausola contrattuale anche senza espressa richiesta del consumatore. La Corte di Giustizia, premettendo che la direttiva mira a proteggere il consumatore-soggetto che si trova in posizione di inferiorità rispetto all'imprenditore per quanto riguarda sia il potere di trattativa sia il livello di informazione – e richiamando suoi precedenti sul tema³⁸³, fissa alcuni importanti principi interpretativi. Nella sua pronuncia, infatti, statuisce che l'art. 6 della direttiva, debba essere interpretato nel senso che, una clausola contrattuale abusiva non vincola il consumatore e che non è necessaria la sua precedente impugnazione. Spetterà al giudice nazionale l'obbligo del rilievo officioso, una volta acquisiti tutti gli elementi di fatto e

legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive.

³⁸¹ A partire da *Mostaza Claro* la nullità e la sua rilevabilità d'ufficio acquisiscono la funzione di presidio ad un interesse generale. Su questa linea Corte giust., 30 maggio 2013, c. 488/11, in *De Jure on line*.

³⁸² Corte giust., 6 ottobre 2009, c. 40/08, in *De Jure on line*, con particolare riferimento al punto 45 della sentenza.

³⁸³ Cfr. Corte giust., 26 ottobre 2006, c. 168/05, in *De Jure on line*; Corte giust., 27 giugno 2002, c. 240/98 e c. 244/88, *ivi*. In tali sentenze si sottolinea che «il sistema di tutela è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una posizione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse (...). Una tale disuguaglianza tra il consumatore e il professionista può essere riequilibrata solo grazie ad un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale».

di diritto necessari a tal fine, procedendo alla disapplicazione della clausola ove il consumatore, informati della presenza della stessa, non si opponga. In questo modo la Corte è andata a fornire una piena tutela a favore del contraente debole, che potrà decidere se escludere una clausola contrattuale ovvero lasciarla nel contratto pur se abusiva. L'orientamento della Corte di Giustizia, in ordine all'obbligo del giudice di rilevare d'ufficio l'abusività di una clausola, è stato fatto proprio dalla Corte di Cassazione, in una pluralità di sentenze³⁸⁴, a testimonianza del fatto che, nella giurisprudenza interna è sorta la consapevolezza che gli obiettivi della direttiva non potrebbero essere conseguiti se il consumatore fosse tenuto ad eccepire la vessatorietà della clausole, in virtù delle considerazioni che, in controversie di valore spesso limitato «gli onorari dei legali possono essere superiori agli interessi in gioco, il che può dissuadere il consumatore dall'opporli all'applicazione di una clausola abusiva»; e che «sebbene in controversie del genere le norme processuali di molti Stati membri consentano ai singoli di difendersi da soli, esiste un rischio non trascurabile che, soprattutto per ignoranza, il consumatore non faccia valere l'illiceità della clausola oppostagli»³⁸⁵. Se ne ricava, quindi, che una tutela effettiva del consumatore può essere raggiunta soltanto se il giudice nazionale ha il potere di valutare d'ufficio la vessatorietà della clausola.

Per quanto concerne il contributo della Corte di giustizia in merito alle modalità con le quali eseguire il controllo di vessatorietà, essa ha precisato che il giudice nazionale, nell'attuare il diritto dell'Unione, deve in ogni caso rispettare il principio del contraddittorio, fondato sul diritto di difesa *ex art. 47* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Pertanto, nel caso in cui abbia rilevato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale il giudice deve informarne le parti e permettere una

³⁸⁴ V., *ex multis*, Cass., ord. 28 agosto 2010, n. 18785, in *De Jure on line*; Cass., ord. 20 marzo 2010, n. 6802, *ivi*.

³⁸⁵ Corte giust., 27 giugno 2000 cause da C- 240/98 a C-244/98, in *De Jure on line*.

discussione in contraddittorio. Tale impostazione è stata ribadita nel caso *Banif Plus Bank Zrt*³⁸⁶. In questa sentenza, il giudice comunitario afferma che la nullità opera solo a vantaggio del consumatore, precisando, però, che l'opposizione di quest'ultimo non paralizzerebbe necessariamente il potere officioso del giudice di dichiarare la nullità di una clausola abusiva, ma introdurrebbe ulteriori elementi di fatto che potranno servire al giudice per una valutazione d'insieme. Ciò significa che l'opposizione del consumatore non impedisce automaticamente la nullità della clausola contrattuale, ma potrà essere determinante per far concludere al giudice che la clausola, in effetti, non sia abusiva, in quanto il consumatore dimostra con l'opposizione di voler aderire ad essa pur se per lui svantaggiosa. In questo modo, è stato modificato il ruolo del consumatore, dal momento in cui viene stabilito che la sua opposizione non possa automaticamente escludere la constatazione della nullità della clausola abusiva, attivata dall'organo giudicante, tramite i propri poteri d'ufficio. Ciò in quanto se gli interessi da tutelare vanno al di là del singolo consumatore, sarebbe contraddittorio stabilire un dovere del giudice, a presidio di norme di ordine pubblico e di un interesse generale, che possa essere però paralizzato dalla parte a protezione di un proprio e specifico interesse.

In tema di clausole abusive la Corte di Giustizia è intervenuta anche per chiarire ulteriori aspetti che riguardano, sia la conservazione o meno del contratto contenente clausole abusive, sia il potere del giudice nazionale di intervenire per correggere il contenuto della clausola. Il primo aspetto è stato affrontato nel caso *Pernicova*³⁸⁷, in cui il giudice europeo è stato chiamato di nuovo a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 6 della direttiva 93/13. In particolare, si chiedeva al giudice di Lussemburgo se in

³⁸⁶ Corte giust., 13 febbraio 2013, C-472/11, in *De Jure on line*.

³⁸⁷ Corte giust., 26 aprile 2012, C-472/19; per un'analisi di tale pronuncia si veda M.G. FANELLI, *La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla direttiva in materia di clausole abusive*, in *Contratto e Impresa/Europa*, II, 2012, p. 967.

base ad esso si debba determinare la nullità dell'intero contratto ovvero limitare l'intervento sanzionatorio alle sole clausole abusive. La Corte ha stabilito che l'art. 6 non può essere interpretato nel senso di obbligare lo Stato membro a prevedere necessariamente dei rimedi che colpiscono l'intero accordo, dal momento in cui tale articolo dispone che il contratto deve restare vincolante per le parti, «sempre che esso possa sussistere senza clausole abusive». Concentrandosi in quest'ultimo segmento della disposizione la Corte di Giustizia ha sancito una deroga al principio di conservazione del contratto, in quanto secondo l'interpretazione fornita i giudici nazionali non potranno prendere in considerazione il solo interesse del consumatore e da ciò disporre la nullità dell'intero contratto, ma dovranno limitarsi ad eliminare le sole clausole abusive e, se da tale esclusione deriverà l'impossibilità del contratto di rimanere in vita, allora la nullità travolgerà anche esso. La Corte, cioè, ha precisato che, «il giudizio di nullità dell'intero contratto non potrà basarsi su una valutazione soggettiva collegata alla volontà e al vantaggio del consumatore, bensì su una valutazione oggettiva, riferita al solo contratto e alla possibilità di essere totalmente invalidato, quando l'eliminazione di una clausola abusiva faccia venir meno un elemento essenziale di esso». Poi, però, la Corte ha precisato che, in base agli artt. 7 e 8 della direttiva 93/13, uno Stato membro sarà libero di riconoscere un livello di tutela più ampio a favore del consumatore, che potrà consistere nel permettere al giudice nazionale di sanzionare con la nullità l'intero contratto se ciò gli garantisca una maggiore tutela. Per cui, in generale, il giudice nazionale non potrà disporre la nullità dell'intero contratto giustificandola in base al vantaggio che essa fa conseguire al consumatore, a meno che lo Stato membro, a cui appartiene il giudice, non abbia espressamente previsto una siffatta tutela che alzerebbe il livello di protezione in conformità con l'art. 8 della direttiva 93/13/CE.

Il secondo aspetto, quello relativo al potere del giudice nazionale di modificare il contenuto di una clausola abusiva, è stato affrontato, per la prima volta, nel caso *Banco español de credito SA c. Joaquín Calderón Camino*³⁸⁸. La Corte ha stabilito che il dovere del giudice nazionale si sostanzia nell'escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva, in modo tale da non permettere che essa produca effetti vincolanti per il consumatore, senza che comporti una integrazione del contenuto della medesima. Secondo tale orientamento sarebbe controproducente salvare una clausola abusiva, pur con eventuali correzioni, in quanto determinerebbe l'eliminazione dell'effetto dissuasivo sui professionisti, derivante dalla disapplicazione della clausola abusiva da loro imposta³⁸⁹. La posizione assunta dal giudice europeo deriva dalla considerazione secondo cui, permettere al giudice di «salvare» le clausole abusive modificandone il contenuto, spingerebbe il professionista a tentare di utilizzare comunque le suddette clausole, ingenerando sullo stesso la

³⁸⁸ Corte giust., 14 giugno 2012, C-618/10, in *DeJure on line*. La controversia è nata tra una banca spagnola e il sig. Camino, legati da un contratto di mutuo contenente una clausola contrattuale con interessi moratori pari al 29%. La Corte di primo grado spagnola ha ritenuto questa clausola abusiva, rideterminando il tasso moratorio con la sua conseguente diminuzione (facoltà riconosciuta al giudice dalla legge spagnola). Il giudice d'appello, a seguito del ricorso, dinanzi a dubbi interpretativi, ha sospeso il procedimento e ha interpellato la Corte di Giustizia, chiedendo se il giudice nazionale - una volta riconosciuta l'abusività di una clausola contrattuale - possa, anziché disapplicarla, integrare il suo contenuto.

Sulle diverse interpretazioni che possono essere tratte dalla sentenza in questione si veda S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, IV, 2013, p. 406 ss.

³⁸⁹ Sulle problematiche sorte dal caso *Banco español* si veda A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore: nullità parziale necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, I, 2013, p. 16 ss.

consapevolezza che, anche se fossero invalidate, il contratto potrebbe essere integrato dal giudice nazionale, garantendo il suo interesse³⁹⁰.

L'argomento del potere di correzione del giudice sulle clausole considerate abusive è stato riproposto anche in una recente sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Asbeek Brusse*³⁹¹. In merito, appare interessante la posizione di chi, in base alle motivazioni della sentenza, ha desunto che essa non intenda escludere l'integrazione del contratto attraverso l'innesto della regola legale che sarebbe stata applicata qualora le parti non avessero utilizzato la clausola invalidata, ma voglia, invece, eliminare la possibilità che sia il giudice interno a modificare il contenuto delle clausole abusive³⁹². Ciò perché il giudice modificherebbe il contratto in base ad una ricostruzione di volontà del consumatore presunta, cioè, si verrebbe a modificare il contenuto del contratto in relazione ad un vantaggio per il consumatore che è il giudice a presumere tale, ben potendo non corrispondere alla reale volontà del consumatore: quello che può essere considerato dal giudice un vantaggio, potrebbe non esserlo per il consumatore. Per tali considerazioni, la Corte di Giustizia sarebbe contraria all'intervento correttivo del giudice nazionale sul contenuto della clausola. Volendo riassumere la disciplina in analisi, alla luce della ricostruzione effettuata dalla giurisprudenza comunitaria: la nullità della clausola dovrà essere rilevata d'ufficio e, in tal caso, il giudice sarà tenuto a formare il contraddittorio tra le parti, in modo tale da permettere al consumatore di presentare opposizione all'invalidità. Tale opposizione non impedirebbe

³⁹⁰ Occorre tener presente che su questo tema la dottrina si è mostrata molto dubbia. Infatti non tutti concordano sul fatto che permettere al giudice l'intervento di correzione di una clausola abusiva pregiudichi la posizione del consumatore. Si veda M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 179 ss.

³⁹¹ Corte giust., 30 maggio 2013, C-488/11, in *De Jure on line*.

³⁹² In tal modo R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jaros e Asbeek brusse*, in *Jus civile*, VII, 2013, p. 397 ss.

automaticamente al giudice di sanzionare comunque con la nullità la clausola abusiva. Inoltre, se l'invalidità dovesse ricadere su una clausola contrattuale che fa venir meno un elemento essenziale del contratto, questo verrebbe interamente travolto, senza che il giudice possa modificare il contenuto della clausola abusiva al fine di conservare il contratto, potendo solamente applicare la norma dispositiva, precedentemente derogata dalla clausola abusiva.

Alla luce di quanto esaminato, si ricava una rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione quale espressione dello speciale sistema di tutela del consumatore in ambito processuale, in quanto essa è chiamata ad operare soltanto a vantaggio del consumatore, ossia, come chiarito dalla Corte di Giustizia, a condizione della mancata opposizione del consumatore³⁹³. La disciplina, nei termini sopra delineati permette di supplire alla scarsa reattività processuale del soggetto debole, assegnando al giudice il ruolo di possibile soccorritore del consumatore, evitando che questi, per ignoranza, non faccia valere la nullità, scongiurando, tuttavia, il rischio di pronunce nocive per gli interessi del soggetto che si intende tutelare, ma non solo. Infatti, poste le ragioni di tutela ricordate, a fronte degli interventi della Corte europea, atti ad incidere in maniera sempre più forte nella regolamentazione del processo, se ne ricava un inevitabile nesso tra rilievo ufficioso della nullità e tutela di interessi generali, da cui consegue, a parere di chi scrive, il necessario confrontarsi e convivere di interessi generali e particolari, che vedono nelle maglie del processo due attori, la parte ed il giudice. Due interessi non distinti o antitetici, in quanto è l'interesse alla tutela del consumatore che assurge a interesse generale, date le implicazioni e i riflessi che tale tutela ripercuote sulle dinamiche del mercato³⁹⁴. E in ciò un ruolo essenziale è svolto dal giudice, che sarà

³⁹³ Corte giust., 4 giugno 2009, C- 243/08, in *De Jure on line*.

³⁹⁴ Ciò, a livello interno, appare confermato da Cass., Sez. un., 12 dicembre 2012, n. 26242, in *De Jure on line*, che in merito alla rilevabilità d'ufficio della

chiamato, nei limiti tracciati dalla giurisprudenza, a «gestire» gli interessi in gioco, in considerazione della dimensione generale dell'interesse alla tutela contrente debole³⁹⁵.

4. La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie: art. 37 del Codice del Consumo.

L'art. 37 del Codice del Consumo disciplina l'azione inibitoria collettiva in materia di clausole abusive. Si tratta di uno strumento che era stato introdotto dall'art. 1469 *sexies* del Codice Civile, per adeguarsi alla direttiva 93/13/CEE che, all'art. 7, imponeva al legislatore nazionale l'individuazione di mezzi di tutela «adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista ed un consumatore»³⁹⁶. In particolare, la direttiva richiedeva un rimedio che si aggiungesse a quello individual-successivo, improntato, quest'ultimo, a criteri legati al singolo caso concreto e che presuppone un contratto già concluso con un singolo consumatore, nel quale siano state inserite clausole vessatorie; un rimedio generale e preventivo, rivolto al futuro, piuttosto che verso il passato³⁹⁷, diretto ad evitare che le clausole vessatorie predisposte da un professionista fossero, poi, inserite nei contratti con i consumatori³⁹⁸. Durante il lungo periodo che ha preceduto

nullità di protezione sottolinea l'intreccio e la compresenza di due poli di interesse, quello particolare e quello generale sovrastante quello del singolo.

³⁹⁵ Sul punto, cfr. Cass., 12 dicembre 2012, n. 26242, in *DeJure on line*.

³⁹⁶ R. CONTI, *Codice del consumo. Una pagina nuova nella tutela consumeristica. Prime riflessioni sulla tutela in materia di clausole abusive*, in *Corriere Giur.*, 2005, p. 1755 ss.; E. MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contratto Impr.*, 2006, p. 636 ss.

³⁹⁷ E. MINERVINI, *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in E. GABRIELLI e E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, 2005, p. 427 ss.

³⁹⁸ V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive ("vessatorie") nei contratti fra professionisti e consumatori: art. 1469 bis e segg. c.c.*, in *Dir. priv.*, II, 1996, p. 137.

l'attuazione della direttiva, la dottrina italiana aveva espresso favore per l'attribuzione del controllo preventivo sulle clausole abusive ad un organo amministrativo. Una posizione legata ai risultati positivi che avevano caratterizzato i primi anni di applicazione della legge sulla pubblicità ingannevole ed esprimendo scetticismo sulla capacità del sistema giudiziario di sottoporre a controllo un così vasto settore dell'attività di impresa³⁹⁹. Il legislatore nazionale, invece, in un primo momento, ha preferito adottare una linea diretta alla valorizzazione del carattere diffuso del controllo giurisdizionale e, nello stesso tempo, a garantire una maggior indipendenza ed autonomia dell'organo giudiziario. Così, con l'art. 1469 *sexies*, attuale art. 37 del Codice del Consumo, si è introdotto un controllo sulle clausole abusive di tipo generale e preventivo, che si affianca al rimedio individuale e successivo previsto dall'art. 36 del Codice del Consumo, e che opera in un momento antecedente o contemporaneo, a prescindere dalla conclusione del contratto⁴⁰⁰. In sostanza, si tratta di un rimedio diretto ad incidere sui modelli contrattuali considerati, in modo generale ed astratto, come «fonte normativa privata, ed indipendente dal loro impiego concreto e dalla stipulazione di contratti individuali con i singoli consumatori»⁴⁰¹. Ci troviamo, dunque, di fronte ad un ulteriore strumento di tutela, posto a disposizione di soggetti portatori di interessi che, concernendo un'ampia pluralità di persone, si presentano come situazioni soggettive di portata superindividuale: l'art. 37 conferisce la possibilità di esercitare un'azione di tipo inibitorio ad un ente esponenziale, che si rivela in grado di far valere diritti lesi in modo più efficace rispetto alle «vittime» in senso proprio, chiedendo all'autorità giudiziaria di inibire

³⁹⁹ C. VERARDI, *L'accesso alla giustizia e la tutela collettiva dei consumatori*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'unione europea*, Milano, 2000, p. 1366 ss.

⁴⁰⁰ E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, cit., p. 385.

⁴⁰¹ Trib. Torino, 14 agosto 1996, in *Giustizia civile*, 1997, p. 2297.

l'uso delle condizioni di cui sia accertata la vessatorietà⁴⁰². Uno strumento che testimonia che si è fatta strada la convinzione che dalla tutela del contraente debole, che singolarmente è pervenuto alla stipulazione del contratto per adesione, si debba passare alla tutela del consumatore collettivo, che è destinatario delle condizioni generali di contratto predisposte dalle imprese. E al riguardo si fa notare che «se il primo mira a recuperare, mediante il risultato finale della invalidità negoziale, la libertà espropriatagli all'atto della conclusione del contratto, il secondo vuole dirigere la sua azione contro l'atto di predisposizione delle condizioni generali, atto che temporaneamente e logicamente precede il contratto individuale»⁴⁰³. Occorre tener presente che, lo strumento giurisdizionale di tipo inibitorio non era apparso in sé nuovo al nostro ordinamento. Già esistevano, infatti, diverse norme che disciplinavano ipotesi nominate di azioni inibitorie. Inoltre, era diffusa l'opinione che l'azione inibitoria potesse considerarsi un rimedio atipico⁴⁰⁴ utilizzabile in sede contenziosa ed anche cautelare in virtù di un principio che l'ammette ogni qual volta la tutela risarcitoria e ripristinatoria non sia idonea o sufficiente ad attuare la protezione del diritto lesa o minacciato⁴⁰⁵. Con tale tipologia di rimedio si rispondeva all'inadeguatezza della tutela individuale

⁴⁰² In tal senso F. LUCCHESI, *Commento sub art. 37 cod. cons.*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del Consumo – Commentario*, Padova, 2007, p. 396.

⁴⁰³ In tal senso A. LISERRE, *La forma*, in G. ALPA U. BRECCIA e A. LISERRE, *Il contratto in generale*, Milano, 1999, p. 20. Più recentemente, E. MINERVINI, *Azione inibitoria e contratti dei consumatori*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2013, p. 113.

⁴⁰⁴ V. M. TARUFFO, *Inibitoria (azione)*, in *Enc. giur.* Treccani, XVII, Roma, 1989, p. 7 s.; P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, p. 107; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione «a valle»*, Napoli, 2009, p. 225 ss.

⁴⁰⁵ Cfr. E. CAPOBIANCO, *Sub art. 37 c. cons.*, in E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., p. 208 ss. F. LUCCHESI, *Sub art. 37 c. cons.*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo – commentario*, Milano, 2007, p. 398.

a combattere il carattere massificato dei rapporti disciplinati dai contratti per adesione. Si trattava infatti di uno strumento rimediabile di natura collettiva, in cui il controllo delle clausole abusive era attribuito all'iniziativa di enti portatori di interessi di categoria⁴⁰⁶. Non si può non prendere in considerazione il fatto che la tutela collettiva dei consumatori nel Codice del Consumo sembra delinarsi in modo bipolare⁴⁰⁷, infatti, oltre all'art. 37 che regola l'azione inibitoria per una particolare ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori, e cioè, per l'inserimento di clausole abusive in condizioni generali di contratto da parte del professionista, gli artt. 139 e 140 delineano la disciplina dell'azione inibitoria c.d. «generalista», nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal Codice del Consumo. Riguardo al rinvio reciproco operato dall'art. 37, comma 4, e dall'art. 140, comma 10, taluni ritengono che esso

⁴⁰⁶ Sul controllo di carattere collettivo a vantaggio di tutti i consumatori, A. BELLELLI, *La tutela inibitoria*, in *Nuove leggi civili*, 1997, p. 1261 ss. In giurisprudenza, il carattere collettivo di tale rimedio e a sua operatività a vantaggio di tutti i consumatori, a prescindere dal numero dei contratti in cui le clausole vengono inserite V. Trib. Milano, 3 aprile 2015, in *Contratti*, 2015, p. 875, con nota di V. Farina.

⁴⁰⁷ E. MINERVINI, *o.u.c.*, p. 115 s., il quale sottolinea che in virtù dell'esistenza, nel nostro ordinamento, di un sistema bipolare di tutela del consumatore, (da un lato, l'art 37, commi 1,2 e 3, dall'altro, gli artt. 139 e 140), «il legislatore si è visto costretto a prevedere nel Codice del Consumo apposite norme per coordinare le discipline, non del tutto consonanti [...]. E così, l'art 37, comma 4, prevede che, per quanto non disciplinato dall'art. 37, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui all'art. 137 c. cons. (non, quindi, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni rappresentative dei professionisti e dalle Camere di commercio) si applicano le disposizioni dell'art. 140 c. cons. Ancora, l'art 140, comma 10, c. cons. ribadisce che per le associazioni dei consumatori di cui all'art. 137 c. cons. (non, quindi, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni rappresentative dei professionisti e dalle Camere di commercio) l'azione inibitoria prevista dall'art 37 c. cons. in materia di clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori si esercita ai sensi dell'art, 140 c. cons. Evidentemente, gli artt. 37, comma 4, e 140, comma 10, c. cons., rappresentano due doppioni».

determinerebbe un ampliamento del perimetro operativo dell'azione inibitoria in materia di clausole abusive, consentendo al giudice di adottare le misure idonee a correggere od eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate, come previsto dall'art. 140, comma 1, lett. b)⁴⁰⁸. L'azione inibitoria prevista dall'art. 37 garantisce al consumatore una tutela che potrebbe definirsi rinforzata, sia poiché essa spetta ad organizzazioni collettive, dotate di poteri più ampi rispetto a quelli del singolo, sia perché essa, diretta ad ottenere una sentenza con la quale il giudice ordina al professionista o all'associazione di professionisti di non utilizzare le condizioni generali di contratto oggetto dell'azione, possiede una natura astratta: presupposto dell'azione è l'illecito considerato in sé e per sé, a prescindere dalla colpa dell'agente o dal danno che ne deriva per l'altro contraente; sia, per il fatto che essa riveste una portata generale, in quanto ha ad oggetto l'intera attività negoziale del professionista convenuto in giudizio, relativamente alle clausole in contestazione. Per ciò che concerne la legittimazione attiva, essa spetta, *ex art. 37*, comma 1, alle associazioni rappresentative dei consumatori iscritte nell'elenco di cui all'art. 137⁴⁰⁹, alle associazioni dei professionisti⁴¹⁰, posto che gli altri

⁴⁰⁸ R. CONTI, *Codice del consumo. Una pagina nuova nella tutela consumeristica. Prime riflessioni sulla tutela in materia di clausole abusive*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 1759 ss.

⁴⁰⁹ Alla luce di questo rinvio, risulta evidente come, attualmente, sia possibile, per l'interprete, individuare con estrema facilità le associazioni legittimate ad esperire l'azione inibitoria avverso l'utilizzo di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, essendo tali soltanto quelle iscritte nell'elenco istituito presso il Ministero dello sviluppo economico. Si sono in questo modo superate le notevoli perplessità, avanzate in sede dottrina, riguardo alla formulazione estremamente generica contenuta nell'art. 1469 *sexies* del Codice Civile.

⁴¹⁰ Per quanto concerne la legittimazione attiva ad esperire l'azione inibitoria avverso l'inserimento di clausole abusive nei contratti attribuita dal legislatore alle associazioni dei professionisti non si riscontra, nel Codice del Consumo, una norma analoga all'art. 137. A tal proposito, E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, cit., p. 397, sostiene che «il legislatore non ha previsto alcun criterio per l'individuazione delle associazioni di

imprenditori hanno un interesse allo svolgimento corretto dell'attività di impresa per la salvaguardia del meccanismo della libera concorrenza⁴¹¹. Non va infatti sottaciuto che la tutela in questione, prevedendo una forma di controllo sull'attività imprenditoriale, svolge un ruolo di primario rilievo, nella tutela del mercato. Si può affermare quindi che tale rimedio assurge a tecnica di regolazione del mercato⁴¹².

La legittimazione all'esercizio dell'azione inibitoria non può essere riconosciuta a soggetti diversi da quelli indicati, poiché, stante l'eccezionalità dell'attribuzione, l'elencazione deve ritenersi tassativa⁴¹³, ed è proprio nelle limitazioni alla legittimazione attiva che la dottrina maggioritaria vede il logico e diretto corollario della natura di azione «eccezionale in senso proprio», riconosciuta all'inibitoria⁴¹⁴. Occorre precisare che, la scelta di consentire alle associazioni di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti attraverso un'azione inibitoria, non è stata imposta dalla direttiva comunitaria, che non specifica quali mezzi dovessero essere adottati per tutelare il consumatore, lasciando, peraltro, aperta l'alternativa tra un controllo di natura amministrativa ed uno di natura giudiziale azionabile su richiesta di singoli o di associazioni. Inoltre,

professionisti legittimate ad agire ex art.37 del Codice del Consumo, in quanto, per esse, valgono ancora i criteri generali e ribaditi nello specifico, dalla giurisprudenza, nel senso che la loro legittimazione è data dall'interesse collettivo della categoria, indipendentemente dalla circostanza che l'associazione sia stata riconosciuta o meno. Il comportamento dell'imprenditore che utilizzi clausole abusive potrebbe procurare ingiustificati vantaggi concorrenziali allo stesso e recare discredito all'intera categoria».

⁴¹¹ E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 2003, p. 203.

⁴¹² Va precisato che l'art. 5, comma 4, lett. a, d.lg. 25 novembre 2016, n. 219 ha modificato il primo comma della norma in commento, eliminando la legittimazione all'azione inibitoria prevista in capo alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

⁴¹³ E. MINERVINI, *o.u.c.*, p. 201; ID., *Azione inibitoria e contratti dei consumatori*, in *Rass dir. civ.*, 2014, p. 618.

⁴¹⁴ M. LIBERTINI, *Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie (art. 1469 sexies)*, in *Contratto Impresa/Europa*, 1996, p. 555.

in ossequio alle regole generali del processo civile, presupposto fondamentale per esperire l'azione inibitoria è costituito dall'interesse ad agire, sussistente quando sia possibile l'utilizzazione della clausola nella fattispecie, un concreto pericolo di compimento, da parte del convenuto, dell'azione di cui si chiede l'inibizione, ovvero, nel caso in cui il comportamento lesivo sia in corso, cioè, quando avvenga l'utilizzazione della clausola nei singoli contratti e sia ravvisabile il pericolo di continuazione o reiterazione di esso. Per quanto riguarda la legittimazione passiva, l'azione inibitoria può essere esperita contro il professionista, nonché contro le associazioni di professionisti che utilizzano o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto. In sostanza, vi è piena coincidenza con quanto previsto dall'art. 1469 *sexies*, comma 1, del Codice Civile, come modificato dalla legge 3 Febbraio 2003, n. 14 (legge comunitaria per l'anno 2002)⁴¹⁵. In dottrina si è rilevato che ai fini della sindacabilità delle condizioni generali di contratto eventualmente utilizzate da associazioni di professionisti con singoli consumatori non sarebbe stato necessario riferirsi alle associazioni di professionisti⁴¹⁶. Inoltre, sembra che

⁴¹⁵Per un'analisi della versione originaria dell'art. 1469 *sexies* del Codice Civile si veda E. CAPOBIANCO, *Sub art. 37*, in E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI, *Codice del consumo*, cit., p. 212, in cui si dice «Nella versione originaria, invece, l'art. 1469 *sexies*, comma 1, c.c., nell'indicare i presupposti per l'esercizio dell'azione inibitoria, stabiliva che gli enti esponenziali potessero convenire in giudizio soltanto i professionisti o le associazioni di professionisti che utilizzavano le condizioni generali di contratto. Il riferimento alla utilizzazione sembrava escludere la possibilità di configurare come illecita la sola predisposizione di condizioni generali di contratto contenenti clausole abusive, richiedendo una già avvenuta utilizzazione». Alla luce di ciò la «Corte di Giustizia dichiarava l'inadempimento dello Stato italiano, per non aver pienamente recepito la direttiva 93/13/CEE, nell'adottare l'espressione utilizzano condizioni generali di contratto. Pertanto la legge 3 febbraio 2003, n. 14 estendeva espressamente l'azione collettiva contro il professionista, nonché contro le associazioni di professionisti che utilizzano o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto».

⁴¹⁶A tal proposito si veda A. BARENGHI, *Sub art. 37*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo e norme collegate*, 2012, p. 284 s.

il termine vada inteso in senso ampio, tale da ricomprendere ogni attività di predisposizione di condizioni generali di contratto che siano per loro natura destinate alla stipulazione, sia pure da parte degli associati, con i singoli consumatori, e quindi, capaci di spiegare influenza sul comportamento di mercato degli operatori, terreno, quest'ultimo, sul quale può svolgersi la selezione delle associazioni passivamente legittimate⁴¹⁷. Tutto ciò, può essere sostenuto, a maggior ragione, se si considera che il legislatore italiano non poteva stabilire disposizioni più restrittive di quelle comunitarie e che l'art. 8 della direttiva 93/13/CEE gli consentiva di prevedere disposizioni di maggior tutela.

Quindi, in merito all'ambito di applicazione della norma, si può affermare che sebbene l'articolo faccia riferimento esclusivamente alle condizioni generali di contratto, si potrebbe dare alla disposizione un'interpretazione estensiva riferendola anche ai moduli e formulari; in più, essa avrà ad oggetto non solo quelle condizioni generali di contratto già utilizzate dal professionista, ma anche quelle predisposte e diffuse, ma non ancora utilizzate nella contrattazione con i consumatori (la lettera della norma, infatti, dice «che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto» art. 37, comma 1). Secondo l'articolo in commento, è possibile chiedere al giudice di inibire l'uso delle condizioni generali di contratto di cui sia accertata l'abusività, quindi, l'inibitoria *ex* art. 37 ha un contenuto negativo (di non usare dette clausole), mentre, ai sensi dell'art. 140 del Codice del Consumo, l'inibitoria può avere tanto un contenuto negativo, quanto uno positivo: il comma 1, dell'art. 140, lett. a)

⁴¹⁷ E. MINERVINI, *Azione inibitoria e contratti dei consumatori*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, p. 113 ss., il quale evidenzia che «si è fatta strada, infatti, la convinzione che dalla tutela del contraente debole, che singolarmente è pervenuto alla stipulazione del contratto per adesione, si debba passare alla tutela del consumatore collettivo, che è destinatario delle condizioni generali di contratto predisposte dalle imprese».

non pone alcuna limitazione al riguardo, parlando di «atti» e «comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti». In tal modo viene individuato e delimitato l'oggetto dell'azione inibitoria. Essa, non è, dunque, estensibile ad altra causa di antigiuridicità delle condizioni generali di contratto, diversa dalla violazione delle norme di cui agli artt. 33 ss. del Codice del Consumo⁴¹⁸.

5. La valutazione della vessatorietà in sede inibitoria: i criteri di cui al Titolo I in un giudizio general-preventivo.

L'art. 37 c. cons. effettua un rinvio ad altre norme del Titolo I per l'accertamento dell'abusività («condizioni di cui sia accertata l'abusività in base al presente titolo»). Tuttavia, il richiamo alla totalità dei criteri individuati negli articoli precedenti rimette al giudice l'individuazione di quali tra essi siano compatibili con il tipo di valutazione che è chiamato a compiere. Una valutazione che deve essere svolta *ex ante* ed in astratto⁴¹⁹. In sede inibitoria l'accertamento della vessatorietà può essere, quindi, ancorato solamente a parametri generali, con la conseguenza che nel giudizio inibitorio saranno inutilizzabili i criteri di accertamento che fanno riferimento al contratto inteso nella sua singolarità. Quindi, seppure la norma prevede che la valutazione della vessatorietà della clausola debba essere condotta sulla base delle disposizioni contenute nel titolo in commento (artt. 33-38), in quanto compatibili con l'azione collettiva, si è osservato che tale precetto non va inteso alla lettera, nel senso che,

⁴¹⁸ E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, cit. , p. 406, il quale afferma: «Nell'ambito del giudizio si riscontra, poi, un duplice oggetto: accertamento dell'antigiuridicità delle condizioni per violazione degli artt. 33 ss. del Codice del Consumo e condanna a non impiegare tali clausole, i quali, però, seppure distinti, non devono essere visti come due atti indipendenti, costituendo, infatti, il primo condizione per il secondo».

⁴¹⁹ E. MINERVINI, *Azione inibitoria e contratti dei consumatori*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, p. 113 ss.

trattandosi di una verifica di tipo generale, e dunque «preventiva ed astratta», si dovrebbe escludere la possibilità di attribuire rilievo ad elementi di specificità e concretezza collegati al singolo contratto. A fronte di ciò sarà, quindi, possibile utilizzare in tale sede il parametro di cui alla clausola generale di cui all'art. 33 comma 1, c. cons., accertando il significativo squilibrio in astratto⁴²⁰, nonché gli elenchi di clausole di cui al secondo comma dell'art. 33 e dell'art. 36 c. cons. Occorre domandarsi se sia possibile in sede inibitoria sanzionare il mancato rispetto dell'obbligo di trasparenza di cui all'art. 35 c. cons. A parere di chi scrive, è possibile sanzionare, già in sede inibitoria la suddetta violazione, ma data la natura general-preventiva dell'inibitoria, la comprensibilità del testo contrattuale dovrebbe essere apprezzata secondo il criterio del consumatore meno avveduto e non secondo quello del consumatore medio⁴²¹. Sempre poiché in sede inibitoria non è possibile dare rilievo alla specificità e concretezza del singolo contratto problematico appare il richiamo ai criteri indicati nel comma 1 dell'art. 34 che postulano la valutazione della vessatorietà in concreto. Infatti, l'accertamento in concreto si accorda con la tutela individual-successiva, ma è incompatibile con quella collettiva-preventiva la cui stessa *ratio* impone, al contrario, che il giudizio si sviluppi in astratto, incentrandosi sulla potenzialità lesiva della clausola e sulla sua idoneità a creare squilibrio nelle future stipulazioni contrattuali. Sicuramente inutilizzabile è il criterio in base al quale si deve escludere la vessatorietà di una clausola «oggetto di trattativa individuale», di cui all'art. 34, comma 4, per la sua ontologica estraneità al fenomeno delle condizioni generali di contratto⁴²². Infine, non è applicabile il principio

⁴²⁰ E. CAPOBIANCO, *Sub art. 37 c. cons.*, in E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 209, p. 208 ss.

⁴²¹ Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2045.

⁴²² E. CAPOBIANCO, *Sub art. 37 c. cons.*, cit., p. 210 ss.

della *interpretatio contra proferentem*, poiché, per il comma 3 dell'art 35, a detto principio è precluso l'ingresso nei casi di cui all'art 37.

In ordine all'attuazione del provvedimento inibitorio, oltre alla possibilità per il giudice di adottare le misure idonee a correggere od eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate alla stregua di quanto previsto dall'art. 140, comma 1, lettera b), si deve precisare che l'art. 37 c. cons. non prevede misure coercitive indirette, lacuna di non poco rilievo se si considera che il provvedimento inibitorio per la sua natura preventiva e infungibile non è suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica. Il provvedimento inibitorio, infatti, pone a carico dell'imprenditore l'obbligo di astenersi dall'introdurre nella stipulazione con il singolo consumatore la clausola o le clausole di cui si è stata accertata l'abusività in sede inibitoria. Appare evidente che si tratta di un obbligo inesequibile coattivamente, avendo ad oggetto un *non facere*, pertanto, per dare attuazione al provvedimento inibitorio è necessario fare ricorso a strumenti di coazione indiretta, che però non vengono previsti, per cui il soddisfacimento della pretesa avanzata dalle associazioni, dipenderà essenzialmente dalla spontanea ottemperanza al provvedimento da parte del professionista destinatario dello stesso. Tale evenienza è resa verosimile se si considera il timore del discredito derivante dalla pubblicazione del provvedimento. L'articolo in esame, invero, stabilisce al comma 3, che il provvedimento inibitorio può, per ordine del giudice, essere pubblicato in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale, una misura a garanzia dell'attuazione degli ordini di cessazione. Tuttavia si tratta di una previsione non particolarmente incisiva nel garantire l'attuazione della condanna inibitoria: la tecnica più idonea a consentire la tutela coattiva delle condanne inibitorie consiste nell'applicazione di misure coercitive indirette di tipo economico, sia per la loro adattabilità alle peculiarità dei casi, sia per la loro efficacia anche nel caso di prestazioni personali non

direttamente coercibili⁴²³. In mancanza di dette misure, si fa notare, «l'unica possibilità di reazione all'inottemperanza è offerta dall'art. 388 c.p. (inosservanza fraudolenta agli ordini del giudice), sebbene per qualcuno, la via della penalizzazione dell'inottemperanza ad una sentenza civile non sembra molto produdente»⁴²⁴. Altrettanto flebile appare la tutela offerta dal richiamo al comma 7 dell'art. 140 c. cons., seppur in minima parte la previsione colma la lacuna dell'articolo 37 c. cons. La norma sanziona con una pena pecuniaria l'inosservanza degli obblighi sanciti nel provvedimento inibitorio, al fine di garantire l'effettività di attuazione dello stesso da parte del professionista⁴²⁵. Norma a cui, tuttavia, la dottrina non riconduce alcuna finalità risarcitoria oppure riparatoria⁴²⁶.

In mancanza di espresse previsioni per l'ipotesi in cui il professionista, nonostante il provvedimento inibitorio, inserisca le clausole giudicate vessatorie, in un contratto con il consumatore deve ritenersi che il giudice

⁴²³ E. MINERVINI, *Azione inibitoria e contratti dei consumatori*, cit., p. 113 ss.; A. FACHECHI, *Azione inibitoria collettiva ed efficacia «ultra partes» del giudizio di vessatorietà. Nota a CGUE sez. I 26 aprile 2012 (causa C-472/10)*, in *Il giusto processo civile*, 2014, p. 785 ss.; E. BATTELLI, *Azione inibitoria e misure correttive contro l'inserimento di clausole inique. Nota a ordinanza Trib. Palermo 20 febbraio 2008*, in *Corr. merito*, 2008, p. 791 ss.; ID., *Clausole inique e tutela inibitoria*, in *Contratti*, 2007, p. 74 ss.; E. GRAZIUSO, *Il giudizio di vessatorietà nei contratti dei consumatori e la legittimazione passiva delle associazioni dei professionisti. Nota a Cass. Sez I, 21 maggio 2008, n. 13051*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2475 ss.

⁴²⁴ E. CAPOBIANCO, *Sub art. 37 c. cons.*, in E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, p. 215.

⁴²⁵ A tal proposito, G. DE CRISTOFARO, *Il "Codice del consumo": un'occasione perduta?*, in *Studium juris*, 2005, p. 1142.

⁴²⁶ E. MINERVINI, *Azione inibitoria e contratti dei consumatori*, cit., p. 121. Resta comunque da precisare che l'art.140, comma 7, del Codice del Consumo, rinvia al provvedimento di cui al comma 1, cioè alla inibitoria finale; pertanto la dottrina è perplessa in ordine alla inapplicabilità delle pene pecuniarie nel caso di inibitoria cautelare. È di tale avviso ID., *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contratto e Impresa*, 2006, p. 653.

chiamato a giudicare in concreto la vessatorietà⁴²⁷, non sarà vincolato all'accertamento compiuto in sede collettiva. Differenti, come si è avuto modo di argomentare, sono i criteri di valutazione. Infatti, in sede di controllo individual-successivo il professionista potrà dimostrare, ad esempio, che quelle clausole sono state oggetto di trattativa o che non sono vessatorie in virtù delle condizioni esistenti al momento della stipulazione del contratto. Pertanto il giudicato inibitorio di accoglimento non può avere effetto sui singoli contratti stipulati dai consumatori⁴²⁸. Quanto all'efficacia soggettiva della sentenza inibitoria, una parte della dottrina, animata dall'intento di preservare le finalità di tutela perseguite attraverso l'introduzione del rimedio inibitorio, ha sostenuto, con diverse argomentazioni, la forza espansiva dei provvedimenti resi in tale sede⁴²⁹. Per altra parte della dottrina, invece, per l'estensione dell'efficacia della sentenza a soggetti diversi da quelli partecipanti al giudizio è richiesta una espressa disposizione di legge «che non è contenuta né nell'art. 37 né nell'art. 140 del Codice del Consumo»⁴³⁰. A tal proposito, occorre

⁴²⁷ Sull'esigenza di svolgere il sindacato di vessatorietà in concreto V. M. NUZZO, *Art. 1469 ter, commi 1° e 2°*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 1143; F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, *ibidem*, p. 769; E. CAPOBIANCO, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori (artt. 1469 bis – 1469 sexies c.c.)*, in *Vita Notarile*, 1996, 3, p. 1152.

⁴²⁸ In tal senso si veda E. MINERVINI, *Azione inibitoria e contratti dei consumatori*, *cit.*, p. 122 s.

⁴²⁹ Per A. BELLELLI, *La tutela inibitoria come strumento di controllo delle condizioni generali di contratto*, in C.M. BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, II, Milano, 1981, p. 1271, l'impostazione strettamente individualistica della regola sulla limitazione soggettiva della sentenza deve essere superata quando vengano in considerazione situazioni giuridiche superindividuali; in tale caso non potrebbe parlarsi di «estensione degli effetti del giudicato nei confronti dei terzi, né tantomeno, di efficacia riflessa del giudicato, quanto, piuttosto, di applicazione degli effetti della pronuncia *ultra partes* verso i diretti interessati titolari della medesima situazione giuridica sostanziale oggetto del giudizio».

⁴³⁰ E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 235.

richiamare l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia⁴³¹ la quale ha chiarito l'estensione a tutti i consumatori degli effetti favorevoli della natura collettiva della pronuncia inibitoria, affermando che «non è di ostacolo a che l'accertamento della nullità di una clausola abusiva facente parte delle condizioni generali dei contratti stipulati con i consumatori nell'ambito di un'azione inibitoria, promossa contro il professionista a tutela della collettività e a nome dei consumatori, da un ente individuato dalla legislazione nazionale, produca, ai sensi di tale legislazione, effetti nei riguardi di tutti i consumatori che abbiano stipulato con il professionista *de quo* un contratto cui si applicano le stesse condizioni generali, inclusi quei consumatori che non siano parte del procedimento inibitorio». La Corte prosegue dichiarando che «qualora il carattere abusivo di una clausola facente parte delle condizioni generali dei contratti sia accertato nell'ambito di tale procedimento, i giudici nazionali debbono, anche per l'avvenire, trarne d'ufficio tutte le conseguenze previste dal diritto nazionale, affinché tale clausola non vincoli i consumatori che abbiano stipulato con il predetto professionista un contratto al quale si applicano le medesime condizioni generali».

6. La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie: l'art. 37 *bis* del Codice del Consumo.

Non si possono trascurare i più recenti sviluppi verificatisi in materia di clausole vessatorie che hanno portato a nuove forme di equilibrio delle varie tipologie di controllo, in particolare tramite l'introduzione del

⁴³¹ Corte giust., 26 aprile 2012, c. 470/12, in *Foro it.*, 2013, IV, c. 170. Alla luce di tale pronuncia, qualora il carattere abusivo di una clausola che fa parte delle condizioni generali dei contratti stipulati con i consumatori sia stato accertato nell'ambito di un'azione inibitoria, i giudici nazionali devono, anche per l'avvenire, trarne d'ufficio tutte le conseguenze previste dal diritto nazionale, affinché tale clausola non vincoli i consumatori che abbiano stipulato un contratto al quale si applicano le medesime disposizioni generali.

controllo amministrativo *ex art. 37 bis* del Codice del Consumo, mediante il quale si intende tutelare in maniera più pregnante il consumatore contro il fenomeno delle clausole vessatorie e, al tempo stesso, garantire al mercato trasparenza, equità, efficacia ed efficienza, a testimonianza di come la tutela del consumatore sia strettamente connessa a quella del mercato⁴³². L'art. 37 *bis* del Codice del Consumo è stato introdotto all'interno del Titolo I, Parte III del Codice del Consumo dall'art. 5 del d.l. 24 gennaio 2012, n.1, poi convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27 e rappresenta, in ordine di tempo, l'ultimo passo posto in essere nell'attuazione della direttiva 93/13/CEE⁴³³. In particolare, la scelta di introdurre una tutela amministrativa trova fondamento e legittimazione nell'art. 7 della direttiva in questione, il quale autorizza gli Stati membri ad individuare «i mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti» e tra tali mezzi indica appositamente quelle «disposizioni che permettono a persone od organizzazioni (...) di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo, ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte

⁴³²In tal senso V. RIZZO, *La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici*, cit., p. 52 ss.

⁴³³E. BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 42 ss., il quale sottolinea che «il legislatore italiano, coerentemente, favorendo l'adozione in ambito consumeristico di strumenti di carattere collettivo e pubblicistico (si pensi all'attribuzione all'Autorità Antitrust, della tutela amministrativa contro le clausole vessatorie) ha condiviso l'opportunità di concentrare in un unico soggetto il controllo amministrativo su discipline di carattere generale e non settoriale caratterizzate da un regime comunitario di completa armonizzazione». In una prospettiva di diritto privato europeo M.R. MAUGERI, *Il controllo delle clausole abusive nei contratti fra imprese: dal modello delineato nei §§ 305 ss. del BGB a quello della CESL*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 109 s.

clausole». Lo strumento giurisdizionale, prescelto inizialmente dal legislatore nazionale per dare attuazione alla direttiva, appariva, in un primo momento più idoneo in termini di terzietà, di competenza e di garanzie di attuazione, mentre il controllo amministrativo sulle pratiche contrattuali delle imprese e dei professionisti, peraltro, in linea generale già diffusamente previsto in via diretta o indiretta tra le competenze di varie amministrazioni e autorità generali o di settore, era, invece, apparso inidoneo a garantire un controllo diffuso, e insufficiente in termini di efficacia e di competenze in rapporto al controllo giudiziario. Alla luce, però, della debolezza e insufficienza dimostrata dagli strumenti giurisdizionali di controllo scelti in prima battuta, il legislatore, con la disposizione in esame, ha optato per uno strumento ulteriore di controllo preventivo, affidandolo ad un'autorità amministrativa indipendente quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁴³⁴, che non si sostituisce, ma si affianca agli ordinari rimedi di carattere collettivo e individuale di tipo giurisdizionale, alla luce dell'ampliamento delle competenze dirette dell'Autorità in materia di tutela del consumatore, in particolare a seguito dell'introduzione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Il legislatore ha, quindi, dato origine ad un sistema di protezione del consumatore dalle clausole vessatorie che si integra con quello giurisdizionale⁴³⁵, abbandonando la scelta iniziale del controllo esclusivamente giurisdizionale, che nella pratica ha avuto scarsa incidenza⁴³⁶. La scelta legislativa appare infatti motivata dall'intenzione di

⁴³⁴ M. ANGELONE, , in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 9 ss.

⁴³⁵ M. ANGELONE, *La «degiurisdizionalizzazione» della tutela del consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 723 ss.

⁴³⁶ Come detto, direttiva 93/13/CCE, all'art.7, non compie una precisa scelta a favore del controllo amministrativo o giudiziario, lasciando facoltà di scelta ai singoli Stati membri. Interessante al riguardo risulta essere il raffronto tra l'esperienza francese e tedesca che seguono, nell'attuazione della direttiva, percorsi inversi. A tal proposito si veda V. RIZZO, *La disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 47, il quale mette in luce che «l'esperienza francese privilegia il

ovviare all'inefficacia ed alla debolezza degli strumenti di controllo fino a quel momento esistenti, determinate dalle difficoltà di accesso alla giustizia, per quanto riguarda il controllo giurisdizionale individuale, e dall'azione inadeguata e scarsamente incisiva degli enti esponenziali in sede inibitoria, dovute in primo luogo, come si è avuto modo di evidenziare, alla mancanza di misure coercitive indirette volte all'attuazione del provvedimento inibitorio. Di conseguenza, l'introduzione dell'art. 37 *bis* appare nell'intenzione del legislatore finalizzata alla correzione di quelle specifiche debolezze, mediante il coinvolgimento di un organismo chiamato ad operare mediante un procedimento più snello e rapido rispetto a quello giurisdizionale, ma soprattutto, più economico, attivabile mediante una più ampia legittimazione attiva. L'istruttoria può essere attivata infatti dall'Autorità d'ufficio, ovvero in seguito ad interpello o denuncia, e in sede dottrinale si ritiene che la denuncia non debba necessariamente provenire dai soggetti legittimati *ex artt.* 33 e 37, ma segua piuttosto il modello dell'azione popolare⁴³⁷. La scelta dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, quale autorità deputata al controllo delle clausole vessatorie in via amministrativa e quindi alla tutela del consumatore, trova una sua logica nell'attitudine proconsumeristica della stessa nello svolgimento delle sue funzioni, tanto in ambito antitrust, quanto in materia di pubblicità ingannevole e di pratiche commerciali scorrette, sia della consapevolezza della stretta interconnessione tra la

controllo amministrativo [...] e recupera in un secondo momento, in seguito alla constatazione del fallimento di questo sistema, il controllo giudiziario. L'esperienza tedesca opta invece decisamente per il controllo giudiziario verificandosi poi però nella prassi, quasi come una sorta di rivalsa e di contrappeso, un'importante e diffusa forma di controllo generalizzato nella veste del *Konditionenempfehlungen*».

⁴³⁷ A. BARENGHI, *Sub art. 37 bis*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, Milano, 2012, p. 288.

vessatorietà e le esigenze generali di tutela del mercato⁴³⁸. Tale attribuzione appare in linea con le altre competenze istituzionali dell'Autorità, in particolare, con quelle ad essa assegnate in materia di pratiche commerciali scorrette. Ciò trova conferma nei risultati dell'attività svolta⁴³⁹, sebbene in dottrina si siano sollevate preoccupazioni legate al pericolo che a certe condizioni, l'intervento dell'Autorità, un intervento tipicamente pubblicistico e volto alla protezione di interessi generali, possa trasformarsi fino a spiegare inammissibili mansioni paragiurisdizionali⁴⁴⁰. I primi due commi dell'art. 37 *bis* disciplinano il controllo «ordinario» dell'Autorità sulle clausole vessatorie, diverso per funzione modalità operative ed esito, dal controllo preventivo, denominato «interpello» di cui al comma 3. Stando al tenore letterale della norma in analisi il controllo riguarda «le clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari». L'oggetto del controllo amministrativo, quindi, è costituito dalle clausole inserite in contratti standard tra professionisti e consumatori, a prescindere dal loro

⁴³⁸ Cfr. A. CATRICALÀ e A. LALLI, *L'antitrust in Italia. Il nuovo ordinamento*, Milano, 2010, p. 55 ss.; V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e «funzionalizzazione» del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1611, il quale evidenzia che il contratto stipulato tra soggetti che agiscono in un mercato non può essere più pensato solo con il mero accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale, ma è concepito come atto che si inserisce in un'attività economica sottoposta alle regole del mercato.

⁴³⁹ Al riguardo V. M. ANGELONE, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie alla luce dell'attività provvedimento condotta dall'Agcm nel triennio 2013-2015*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 525 ss.

⁴⁴⁰ Cfr. V. PANDOLFINI, *La tutela amministrativa dei consumatori e le clausole vessatorie*, in *Corriere giuridico*, 2012, p. 47 ss. in cui si legge «L'estensione delle competenze dell'AGCM, che è in linea di principio apprezzabile, reca di per sé il rischio di un'eccessiva ingerenza dell'Autorità nei conflitti tra privati, che è stato già stigmatizzato in occasione della competenza attribuita all'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette e che risulta ingigantito a seguito delle nuove competenze in materia di clausole vessatorie.

contenuto, dal tipo di causale o dal ricorso a particolari formalità in fase di conclusione: risultano, dunque escluse, dal raggio di azione dell'art 37 bis, le condizioni, pur predisposte dal professionista, ma in vista di una specifica applicazione nel quadro di un singolo rapporto contrattuale, in coerenza con la prospettiva generale di tutela del mercato⁴⁴¹. L'ambito di intervento del controllo amministrativo coincide, quindi, con quello dell'azione inibitoria collettiva di cui all'art. 37 c. cons., mentre, le clausole vessatorie contenute in contratti predisposti per uso individuale, restano affidate alla sola tutela civilistica prevista dagli artt. 33 ss. c. cons., atteso il minor rilievo della predisposizione unilaterale nella prospettiva di tutela del mercato. Il controllo dell'Autorità, ai sensi dei commi 1 e 2, dell'art 37 bis, deve poter riguardare tanto gli *standard* contrattuali già utilizzati dal professionista, quanto quelli già predisposti e diffusi, ma non ancora utilizzati: ciò implica che l'avvenuta conclusione di contratti, contenenti le condizioni generali in discussione, non rappresenti un presupposto necessario ai fini dello svolgimento del controllo. Se questo è l'ambito oggettivo di applicazione, ne risultano determinati anche i legittimati passivi, benché la disposizione non li indichi espressamente. Nel comma 2 si fa soltanto menzione, infatti, del destinatario dell'eventuale provvedimento dell'accertamento della vessatorietà, ai limitati fini dell'individuazione del sito internet sul quale dovrà essere eseguita la pubblicazione del provvedimento medesimo, quindi, «all'operatore che adotta la clausola ritenuta vessatoria». Ma il dato letterale dovrà essere fatto coincidere con la nozione tradizionale di professionista e allargato fino a ricomprendervi le associazioni dei professionisti, mentre l'attività di

⁴⁴¹ Nella Relazione annuale per il 2007 dell'Agcom, seppur in riferimento all'attribuzione alla stessa di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette, si afferma che «i comportamenti che incidono sulla libertà di scelta del consumatore alterano il funzionamento del mercato, sottraendo in modo scorretto i clienti ai concorrenti», sicché «politica della concorrenza e politica del consumatore si integrano l'una con l'altra e completano il quadro delle tutele».

«adozione» deve essere intesa non solo nel senso di «inserzione», ma anche, di «raccomandazione»⁴⁴². I commi 1 e 2, non indicano i criteri in base ai quali la valutazione di abusività dovrà essere condotta da parte dell’Autorità. In linea generale, trattandosi di un controllo assimilabile al modello di cui all’art. 37 c. cons., la valutazione dovrà, anche in questo caso, soggiacere ai medesimi limiti sopra analizzati, quindi astrarre dalla specificità del caso concreto: questo significa che l’Autorità, tra tutti i criteri ricavabili dagli artt. 33 e ss., potrà fare ricorso solamente a quelli che siano compatibili con l’oggetto e la funzione del suo controllo, il quale non è misurato sulla dimensione individuale del singolo e concreto contratto, ma su quella astratta e generale degli schemi contrattuali standard⁴⁴³. Ad esempio, non potrà essere utilizzato, tra tutti i canoni valutativi di cui all’art. 34, comma 1, quello relativo alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto, mentre non sussistono dubbi circa la possibilità per l’Autorità di ricorrere alla «clausola generale» del significativo squilibrio contrario a buona fede di cui all’art 33, comma 1, oppure alle liste di clausole vessatorie di cui agli artt. 33, comma 2 e 36, comma 2, nonché al criterio di valutazione relativo alla trasparenza delle clausole di cui agli artt. 34, comma 2 e 35. Il controllo si attiva d’ufficio o su denuncia e in virtù dell’art 21, comma 2, del regolamento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l’accesso deve ritenersi il più aperto possibile, ben potendo la tutela amministrativa essere attivata da qualsiasi soggetto che abbia interesse, sia esso un singolo consumatore o un’associazione di consumatori, sia che si tratti di un’impresa o di un professionista, di un’associazione di professionisti o di un ente camerale. Per quanto riguarda le sanzioni, nella disciplina del controllo pubblicitario di cui all’art. 37 *bis*, i rimedi sono solo di carattere informativo e

⁴⁴² A. BARENGHI, *Sub art. 37 bis*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, Milano, 2012, p. 288 ss.

⁴⁴³ Per un’analisi dettagliata si veda A. BERENGHI, *Sub art. 37 bis*, cit., p. 425 s.

reputazionale, e sono affidati alla pubblicazione, a spese del professionista, del giudizio dell’Autorità, sul sito del professionista stesso e con le altre modalità stabilite dall’Autorità. Sono inoltre previste sanzioni pecuniarie nel caso della inosservanza alla richiesta di informazioni e in caso di mancata collaborazione all’ispezione, di cui all’art. 14, comma 2, della legge n. 287/1990, per un importo tra 2.000 e 20.000 euro, nonché in caso di trasmissione di informazioni non veritiere, in misura variabile tra 4.000 e 40.000 euro, e infine, in caso di mancata osservanza della disposizione inerente la pubblicità sul sito internet «dell’operatore» e con gli altri mezzi previsti dall’Autorità garante, in misura variabili dai 5.000 ai 50.000 euro⁴⁴⁴.

La tutela amministrativa non ripercuote, dunque, alcuna conseguenza sul piano della validità/invalidità delle clausole, né può portare all’inibizione dell’uso delle clausole, non essendo tecnicamente impedito al professionista di continuare ad utilizzarle nei suoi rapporti con i

⁴⁴⁴ Forte è l’interesse suscitato in dottrina dall’introduzione del controllo amministrativo sulle clausole vessatorie. Si veda a titolo esemplificativo E. BATTELLI, *Il controllo amministrativo delle clausole inique*, in *Eur. dir. priv.*, Milano, 2012, p. 1093 s.; V. PANDOLFINI, *La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 47 s.; A. QUERCI, *Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 446 s.; L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 492 s.; T. RUMI, *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, in *Contr.*, 2012, p. 638 s.; M. ANGELONE, *La nuova frontiera del «public antitrust enforcement»: il controllo amministrativo dell’Agcm avverso le clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 9 s.; S. MEZZACAPO, *Illiceità delle clausole «abusive» (tra presidi di «giustizia negoziale» e tutela amministrativa del «mercato»)*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, p. 142 ss.; D. ACHILLE e S. CHERTI, *Le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 96 ss.

consumatori una volta che l’Autorità ne abbia ravvisato la vessatorietà⁴⁴⁵. Si tratta quindi di una tutela che ha un effetto dissuasivo nei confronti di chi ha predisposto il regolamento contrattuale contenente clausole vessatorie, ma anche un effetto informativo nei confronti dei potenziali consumatori e del mercato stesso⁴⁴⁶. Da qui, nasce la riflessione se il semplice fatto di portare a conoscenza l’accertamento dandovi adeguata pubblicità possa costituire un mezzo efficace per far cessare l’inserzione di clausole abusive nei contratti con i consumatori, ai sensi dell’art. 7 della direttiva 93/13. Gli effetti deterrenti sembrano innegabili se si guarda ai casi già decisi dall’Autorità, in cui vari professionisti coinvolti, a fronte dell’apertura del procedimento nei loro confronti hanno provveduto alla modifica delle clausole, eliminandone i profili di vessatorietà, prima ancora dell’adozione di un provvedimento a loro carico⁴⁴⁷. Così, «il ripensamento», pur non avendo impedito la pubblicazione del provvedimento finale nel sito dell’Autorità e su quello del professionista, ha attenuato gli effetti reputazionali derivanti dalla pubblicazione, in quanto l’Autorità ha dato atto delle modifiche apportate dal professionista nel provvedimento stesso, precisando la loro non vessatorietà a fronte dell’intervenuta riformulazione⁴⁴⁸. Al tempo stesso, però, occorre sollevare

⁴⁴⁵ E. MINERVINI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2012, p. 563 s.

⁴⁴⁶ V. E. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, in *Concorrenza merc.*, 2013, p. 16 ss.

⁴⁴⁷ Si può far riferimento in proposito al Provv. n. 24288, del 27 marzo 2013, reperibile in *www.agcom.it*, in cui l’Autorità ha avuto occasione di accertare e dichiarare la vessatorietà, ai sensi dell’art 33, comma 1 e 2 lettera b) del Codice del Consumo, di clausole di esclusione o limitazione della responsabilità del professionista nei confronti dei consumatori, in caso di inadempimento totale, parziale o di adempimento inesatto del primo. Ma anche al più recente Provv. N. 25881 del 24 febbraio 2016, *ivi*.

⁴⁴⁸ Per un’approfondita analisi cfr. V. M. ANGELONE, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie alla luce dell’attività dell’AGCM nel triennio 2013-2015*, cit., p. 14 ss., spec. nota 38.

un rilievo critico, legato ai massimi edittali previsti dalla norma in commento per inottemperanza ai provvedimenti dell'Agcom. Dall'analisi dei più recenti provvedimenti dell'autorità non può di certo sfuggire l'irrisorietà delle condanne pronunciate, se relazionate al fatturato delle imprese sanzionate. Se è vero che l'autorità amministrativa emette le sanzioni in caso di inottemperanza ai propri ordini, tenendo in considerazione la «rilevanza del professionista», è anche vero che non può spingersi oltre i massimi edittali previsti dall'art. 37 *bis* c. cons. Ciò porta con sé delle rilevanti conseguenze, soprattutto quando entrano in gioco operatori che agiscono su scala mondiale, con milioni di utenti e un ingente fatturato. Operatori che proprio per le loro dimensioni e per gli effetti su larga scala della propria attività, più di altri incidono sul corretto svolgimento delle dinamiche di mercato, ma che di fatto sono i meno coinvolti dall'effetto deterrente e dissuasivo della previsione di cui all'art. 37 *bis*. In tali casi appare, infatti, evidente l'inadeguatezza delle sanzioni che possono essere irrogate dall'Agcom. Esse finiscono per avere un peso irrisorio per il professionista, che pertanto non verrà dissuaso dall'inserimento nel contratto delle clausole vagliate dall'autorità. Da qui il paradosso. L'inadeguatezza delle sanzioni porta il professionista a preferire di essere sanzionato, piuttosto che ottemperare ai provvedimenti dell'Agcom che portano con sé il rischio, sicuramente più temuto, di un «danno reputazionale», il cui peso economico va ben oltre i 50 mila euro massimi irrogati dall'autorità. Ciò è reso evidente, a titolo esemplificativo, dalla recente vicenda del noto operatore di messaggistica *Whatsapp*⁴⁴⁹. Al riguardo l'Autorità a seguito di due procedimenti istruttori aveva accertato la vessatorietà di alcune clausole inserite nei termini di utilizzo dell'applicazione *WhatsApp Messenger*, riguardanti la facoltà di modifica unilaterale del contratto da parte della società, il diritto di recesso stabilito

⁴⁴⁹ Ci si riferisce al provvedimento 11 maggio 2017, n. 26596 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in *www.agcom.it*.

esclusivamente a vantaggio del professionista, le esclusioni di responsabilità a suo favore, le interruzioni ingiustificate del servizio, la scelta del foro competente per le controversie, individuato esclusivamente presso tribunali americani. A fronte di ciò l'Agcom aveva disposto la pubblicazione per venti giorni dell'estratto provvedimento nella *home page* della società «con adeguata evidenza grafica e in una posizione della pagina web che non richieda al consumatore di scorrerla» e la notifica *in app* a tutti gli utenti registrati dell'avvenuta pubblicazione dell'estratto nel proprio sito, con indicazione dell'indirizzo *web*. A fronte dell'inottemperanza all'ordine, l'Autorità, nella sua riunione del 10 gennaio 2018, ha multato *WhatsApp* con una sanzione di 50 mila euro, pari al massimo edittale, irrogata tenuto conto «della rilevanza del professionista e del suo consapevole rifiuto a pubblicare l'estratto della decisione dell'Autorità». Appare chiaro, dunque, che l'autorità amministrativa è chiamata ad un controllo, senza la possibilità di strumenti sanzionatori veramente efficaci, trovandosi di fatto, ad operare ad «armi spuntate». La disciplina vigente allo stato non prevede infatti l'imposizione di sanzioni amministrative pecuniarie al termine del procedimento di accertamento della vessatorietà delle clausole contrattuali e ciò porta a conseguenze non in linea con la *ratio* della normativa, andando in pratica ad attenuare notevolmente l'incisività e l'effettività della tutela, nonché la funzione deterrente della disposizione di cui all'art. 37 *bis* c. cons., con le evidenti implicazioni sul piano macroeconomico. A parere di chi scrive, in una prospettiva *de iure condendo*, il legislatore dovrebbe, non solo inasprire le sanzioni in caso di inottemperanza, prevedendo massimi edittali più alti, ma, al tempo stesso, provvedere all'inserimento di sanzioni amministrative pecuniarie che assistano il procedimento di accertamento della vessatorietà svolto dall'Agcom. Sanzioni che, quindi, dovrebbero operare terminata la fase di accertamento e non solo in caso di

inottemperanza agli obblighi di informazione e di comunicazione di cui al primo comma dell'art. 37 *bis*.

Al di là dei rilievi critici appena sollevati, un seppur breve cenno merita il comma 3 dell'art. 37 *bis* che disciplina il controllo preventivo dell'Autorità sulle clausole vessatorie, c.d. «interpello», diverso per funzione, modalità operative ed esiti dal controllo «ordinario» di cui ai commi 1 e 2. La norma prevede che le imprese interessate possano interpellare l'Autorità in merito alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nei rapporti con i consumatori, così producendo, praticamente, l'effetto di aprire un'istruttoria da parte dell'Autorità in merito alla eventuale vessatorietà delle clausole. Viene, infatti, espressamente disposto che, le clausole ritenute incensurabili in seguito ad interpello non possano formare oggetto di una nuova procedura successiva, da parte dell'Autorità stessa. Ciò significa che il provvedimento di non vessatorietà adottato in sede preventiva, è vincolante per l'Autorità, alla quale risulta impedito di aprire successivamente, *ex art 37 bis*, commi 1 e 2, un'istruttoria avente ad oggetto condizioni già approvate. Così, deve ritenersi che l'interpello apra una vera e propria istruttoria da assoggettare a tutte le garanzie procedurali del caso (ivi compresa la consultazione degli enti esponenziali, la diffusione sul sito web dell'Autorità e la possibilità dei contro interessati di presentare osservazioni). Niente viene detto, invece, in relazione al caso in cui le clausole sottoposte al controllo preventivo siano state repute vessatorie: la pronuncia dovrebbe indurre il professionista a non utilizzare dette clausole o, per lo meno, a modificarle; ciò non toglie che il destinatario del provvedimento potrebbe disattenderlo, continuando ad utilizzarle, nel qual caso esse non si sottrarrebbero ad un eventuale successivo controllo «ordinario». Il legislatore precisa che, l'esito di tale interpello non potrà avere altro effetto che di limitare il successivo potere istruttorio dell'Autorità, anche se il riferimento ai rimedi civilistici viene fatto con una formula non proprio chiara, secondo cui

«resta in ogni caso ferma la responsabilità dei professionisti nei confronti dei consumatori», quindi a prescindere dall'esito della valutazione condotta dall'Autorità in sede di interpello⁴⁵⁰. Da un lato, dunque, l'eventuale esito favorevole dell'interpello non preclude l'esercizio degli ordinari rimedi civilistici da parte dei consumatori singoli o associati, dall'alto lato, il suo esito sfavorevole non preclude le consequenziali azioni civilistiche eventualmente spettanti ai consumatori, anche in questo caso, dunque, non è in alcun modo assorbito dal procedimento amministrativo.

Per ciò che concerne i rapporti tra controllo amministrativo e controllo giurisdizionale la disposizione del comma 4 dell'art 37 *bis*, ribadendo il regime usuale della giurisdizione amministrativa quanto alle controversie dei provvedimenti assunti dall'Autorità in applicazione dell'art 37 *bis*⁴⁵¹, (la prima proposizione, infatti, ricorda che tutti gli atti adottati dall'Autorità in applicazione all'art. 37 *bis* possono essere impugnati, in sede di tutela giurisdizionale, di fronte al giudice amministrativo), chiarisce espressamente che «è fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno», la quale, dunque, non è in alcun modo messa in discussione dall'introduzione degli specifici strumenti della tutela amministrativa *ex art. 37 bis*. Ne deriva che la tutela della posizione «dell'operatore» avverso i provvedimenti di accertamento e di pubblicizzazione (nel merito) e sanzionatori (sotto il profilo della mancata cooperazione procedurale) è affidata al giudice amministrativo, mentre la tutela civilistica del singolo consumatore, controparte del professionista, ovvero attraverso gli enti esponenziali legittimati all'azione inibitoria resta affidata alla giurisdizione ordinaria⁴⁵².

⁴⁵⁰ Si veda in tal senso M. FARNETI, *Sub art. 37bis*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori (codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, p. 432.

⁴⁵¹ A tal proposito si veda M. FARNETI, *Sub art. 37 bis, o.u.c.*, p. 432 ss.

⁴⁵² Circa le perplessità sollevate in dottrina dall'art. 37 *bis* c. cons. in merito all'assetto giurisdizionale V. S. MAZZAMUTO, *Il contratto d diritto europeo*,

Occorre precisare che, anche nel merito, «l'accertamento del giudice ordinario è del tutto autonomo rispetto al controllo di vessatorietà dell'Autorità, di talché un accertamento di conformità (o di non conformità) delle clausole contrattuali adottato dall'Autorità non preclude in alcun caso la decisione dell'autorità giurisdizionale ordinaria, non solo nel giudizio individuale (dove rilevano peraltro elementi concreti che nel controllo dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato possono non venire in considerazione), ma anche nel giudizio collettivo (anche se in concreto appare evidente che il "precedente" amministrativo non potrà non pesare nel convincimento del giudice ordinario)»⁴⁵³. Quindi, possiamo affermare che, esiste un rapporto di non interferenza e di complementarità fra le prerogative della tutela amministrativa ed i tradizionali strumenti di protezione del consumatore attivabili nelle varie sedi giurisdizionali. Questo poiché il giudice chiamato a valutare, in sede di giudizio individuale o collettivo, inibitorio o «di classe», la vessatorietà di clausole già sottoposte allo scrutinio dell'Autorità, non è affatto vincolato alla valutazione fatta da quest'ultima, sia essa affermativa o negativa della vessatorietà, resa a seguito di controllo «ordinario» o a seguito di «interpello» preventivo.

Quanto esposto rende evidente che la tutela del consumatore si snoda tra *private* e *public enforcement*. Due strumenti che, come evidenziato dal Consiglio di Stato, pur operando su piani autonomi e distinti, «conoscono momenti di interferenza»⁴⁵⁴. Un'interferenza che è resa evidente e, quindi, necessaria, dal riflesso che la diffusione di clausole vessatorie può avere non solo in relazione al consumatore, in sé e per sé considerato, ma anche

Torino, 2012, p. 184 ss.; M. FARNETI, *Sub art. 37 bis*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, p. 432, che evidenzia che nel sistema di protezione «multilivello», i molteplici interventi potrebbero condurre accertamenti dagli esiti contrastanti, andando ad incidere negativamente sull'esigenza di certezza.

⁴⁵³ V. A. BARENGHI, *Sub art 37 bis*, cit., p. 290.

⁴⁵⁴ Cons. St., 22 settembre 2014, n. 4779, in *Foro amm.*, 2015, p. 781.

sulla correttezza, competitività e libertà del mercato. La recente introduzione del controllo amministrativo così non solo dimostra la forza espansiva che tutt'oggi la direttiva 93/13/CEE possiede, ma rende palese, come si è cercato di evidenziare sin dal principio di questo lavoro, l'interdipendenza tra tutela del mercato e tutela del consumatore⁴⁵⁵, generando un unico sistema di tutele che si pongono tra loro in rapporto di complementarità⁴⁵⁶, nella prospettiva di garantire rimedi efficienti e una tutela effettiva.

7. Un ulteriore strumento di tutela: l'azione di classe. Cenni.

Dall'analisi sopra svolta, è evidente come la dimensione del controllo a tutela del consumatore si sia nel tempo notevolmente arricchita ed un contributo, in tal senso, è stato dato dall'introduzione dell'art. 140 *bis* del Codice del Consumo, mediante il quale ha avuto ingresso, nel nostro ordinamento l'azione di classe⁴⁵⁷. Tale strumento processuale trova la propria giustificazione nell'esigenza di assicurare ai consumatori, a fronte di illeciti plurioffensivi, una tutela collettiva, non solo inibitoria, ma anche

⁴⁵⁵ Sul punto L. ROSSI CARLEO, *Clausole vessatorie e tipologie di controllo*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA e S. POLIDORI, *Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Napoli, 2017, p. 2020 ss., in cui si evidenzia una «circularità delle tutele». ID., *Il doppio binario di tutela: public enforcement e private enforcement*, in L. ROSSI CARLEO (a cura di), Torino, 2015, p. 221 ss.

⁴⁵⁶ Ciò accade anche in altri settori, si veda, ad esempio, quanto avviene con la direttiva 2014/104/UE, che a ricevuto attuazione nel nostro ordinamento giuridico attraverso il d.lg. 19 gennaio 2017, n. 3.

⁴⁵⁷ L'introduzione nel nostro ordinamento del rimedio in questione è avvenuta ad opera dell'art. 2, commi 445-449, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. legge Finanziaria 2008) che ha subito varie modifiche, l'ultima delle quali frutto dell'art. 6 del d.l. del 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni in legge 24 marzo 2012, n. 27. Per un'analisi su tale rimedio V. L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *L'art. 140 bis del codice del consumo: l'azione di classe*, Napoli, 2011, *passim*.

risarcitoria e restitutoria⁴⁵⁸. In altri termini, esso mira alla tutela dei diritti individuali ed omogenei di una pluralità di consumatori ed utenti che abbiano subito danni seriali dalla medesima condotta plurioffensiva dell'impresa, del produttore o del concessionario di servizi pubblici o di pubblica utilità. In tal modo, al rimedio inibitorio, preventivo ed astratto, finalizzato ad impedire all'imprenditore di commettere o di ripetere un illecito lesivo degli interessi dei consumatori, si aggiunge, uno strumento di tutela successivo e concreto, rivolto al passato per rimuovere le conseguenze dannose già verificatesi: l'azione di classe. L'introduzione di tale mezzo di tutela porta con sé innegabili vantaggi in quanto consente l'accesso alla giustizia civile anche per il piccolo contenzioso seriale, dato che il singolo consumatore, se subisce un danno di lieve entità, nella maggior parte dei casi non adisce la giustizia, in quanto dissuaso dai tempi e i costi della stessa; deflaziona il contenzioso civile, realizzando economia processuale; elimina il rischio di trattamenti giudiziali difformi; funge da deterrente nei confronti del professionista, dissuadendolo dal compiere illeciti in danno dei consumatori, anche per il discredito commerciale che la proposizione di un giudizio collettivo può arrecargli. Senza voler addentrarsi nel dettaglio e senza pretese di esaustività, si può rilevare che la stessa giurisprudenza ha avuto modo di evidenziare le molteplici esigenze a cui tale azione risponde «quella economica consistente nell'accrescere la fiducia dei consumatori e degli utenti nel funzionamento coretto ed equilibrato del mercato apprestando un efficace strumento di protezione – per così dire generale e speciale o, se si preferisce, preventivo e successiva; quella, pure economica, consistente nel consentire ai produttori una valutazione rapida e generalizzata dei danni eventualmente da risarcire; quella attinente al profilo rimediale, consistente nell'emersione di un

⁴⁵⁸ A tal proposito si veda E. MINERVINI, *Commento sub art. 140 bis del Codice del Consumo*, in E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, *Le modifiche al Codice del Consumo*, Torino, 2009, p. 582.

contenzioso, quello dei c.d. *small claims*, destinato altrimenti a rimanere inesperto a causa dell'eccessivo ricorso alla giustizia a fronte del modesto valore economico della domanda; quella deflattiva, consistente, se così si può dire, nel serializzare controversie potenzialmente numerose o numerosissime, sì da semplificarne notevolmente la soluzione e ridurre l'impatto sul complessivo funzionamento del sistema giudiziario»⁴⁵⁹.

La legittimazione attiva spetta al singolo consumatore o utente appartenente alla classe «anche mediante associazioni cui da mandato o comitati cui partecipa»⁴⁶⁰. Il consumatore sarà legittimato ad agire non quando intenda rappresentare unicamente gli interessi della classe, ma, allorché sia titolare, in proprio e personalmente, di un diritto individuale omogeneo ai diritti individuali degli altri potenziali appartenenti alla classe. Quest'ultimi, titolari di diritti individuali omogenei, potranno aderire all'azione esercitando l'*opt-in*⁴⁶¹. Occorre, poi, precisare che l'azione sarà attivabile allorquando un'unica condotta plurioffensiva danneggi una delle tre tipologie di situazioni soggettive individuali elencate nel comma 2 dell'art. 140 *bis*, purché i diritti lesi ad una pluralità di consumatori od utenti siano omogenei⁴⁶². In particolare, i diritti

⁴⁵⁹ Cfr. Corte App. Roma, 21 gennaio 2012, in *De Jure on line*.

⁴⁶⁰ Trib. Milano, ord. 8 novembre 2013, in *De Jure on line*, in cui è stato posto in evidenza che «un'associazione non è legittimata a proporre, in nome proprio, un'azione risarcitoria di classe». V. anche Corte Appello Torino, ord. 23 novembre 2011, *ivi*; Trib. Roma, 11 aprile 2011, *ivi*.

⁴⁶¹ Al riguardo v. G. D'ALFONSO, *Sub art. 140 bis*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, p. 972. S. FORASASSI, *Sub art. 140 bis*, in G. ALPA e V. MARICONDA, *Codice dei contratti commentato*, Vicenza, 2017, p. 2820 ss.

⁴⁶² In riferimento al concetto di «omogeneità dei diritti» cfr. Corte Appello Torino, 23 novembre 2011, in *De Jure on line*; Trib. Milano 9 dicembre 2013, *ivi*; Corte Appello Milano, 3 marzo 2014, *ivi*, in cui si è evidenziato che l'omogeneità dei diritti «si ravvisa nel caso in cui la fonte del danno sia comune per tutti e la quantificazione del risarcimento appaia effettuabile in base a criteri uniformi».

individuali omogenei tutelabili per mezzo dell'azione di classe sono: a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali⁴⁶³.

Per quanto concerne, più specificamente, l'esercizio dell'azione di classe in materia di diritti contrattuali, considerando la collocazione della disposizione in esame all'interno del Codice del Consumo, è evidente che il legislatore abbia inteso riferirsi a tutte le tipologie contrattuali disciplinate dal Codice del Consumo ed ai diritti dei consumatori ed utenti derivanti dagli stessi contratti. Ne consegue che, anche se la norma in questione non fa menzione - a proposito dei «diritti contrattuali» - della disciplina contenuta nel Codice del Consumo, la fonte contrattuale primaria è comunque rappresentata dai contratti dei consumatori e dalle norme che li regolano, tra le quali, dunque, per ciò che interessa ai fini di questa trattazione, anche quelle riguardanti le clausole vessatorie di cui agli artt. 33 ss. del Codice del Consumo.

Per ciò che, invece, riguarda l'efficacia della sentenza di merito che chiude il processo di classe, l'efficacia di giudicato si produrrà solo nei confronti delle parti del giudizio, ovvero nei confronti del proponente e del convenuto, nonché nei riguardi dei consumatori che hanno aderito al

⁴⁶³ Per una puntuale analisi dell'art. 140 bis del Codice del Consumo, soprattutto per quanto riguarda i problemi interpretativi che la norma ha suscitato e continua a generare, si rimanda a G. D'ALFONSO, *Sub art 140 bis*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, p. 973 ss.

processo, esclusi quelli che pur avendo aderito siano stati dichiarati estranei alla classe.

Infine, interessante appare fare un riferimento ai rapporti tra l'azione di classe e le azioni inibitorie di cui agli artt. 37, 139 e 140 del Codice del Consumo. Al riguardo, nonostante i numerosi interventi che hanno coinvolto la norma in commento, l'art 140 *bis* del Codice del Consumo, non dedica nemmeno un cenno al problema. Secondo l'orientamento dottrinale maggioritario, avvallato dalla giurisprudenza, la possibilità di trattare e di decidere congiuntamente le due cause collettive dovrebbe essere esclusa, poiché da un lato, il vincolo di connessione che le lega o è improprio o coinvolge solamente le rispettive *causae petendi*, dall'altro diverse sono le regole di competenza, diversi i riti e diversi sono i legittimati ad agire. A tal proposito, inoltre, possiede particolare rilievo quanto previsto dal comma 10, che, per l'appunto, esclude l'intervento volontario *ex art. 105 c.p.c.*, anche per le associazioni legittimate ad agire in via inibitoria. Va, peraltro, osservato che dopo anni di dibattito dottrinale, la Corte di Cassazione⁴⁶⁴ ha affrontato il tema dell'oggetto e

⁴⁶⁴ Cass., 18 agosto 2011, n. 17351, in *DeJure on line*, in cui s'è evidenziato che «l'ente esponenziale degli interessi degli utenti dei servizi assicurativi (nella specie, Codacons) è legittimato a proporre tutte quelle domande che sono volte ad eliminare gli effetti delle violazioni in danno degli utenti medesimi e ad imporre al trasgressore comportamenti conformi alle regole di correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, ai sensi degli art. 1 e 3 l. 30 luglio 1998 n. 281, applicabili *ratione temporis* (tra queste, le domande dirette a fare accertare: la violazione delle regole della concorrenza; la nullità delle clausole contenenti la determinazione dei premi, pattuite nel periodo al quale risalgono le violazioni; le modalità con cui la compagnia assicuratrice ha proceduto e procede al calcolo dei premi e la determinazione dei criteri per il relativo ricalcolo, al fine di uniformare i corrispettivi a quelli che le compagnie assicuratrici avrebbero potuto determinare, in mancanza dell'intesa illecita; nonché la domanda volta a che vengano adottate le misure idonee ad informare gli assicurati dei loro diritti, ivi inclusa quella di pubblicazione della sentenza di condanna). Il medesimo ente esponenziale è, altresì, legittimato a proporre, in base alle citate disposizioni, le domande di restituzione e di risarcimento dei danni conseguenti agli illeciti concorrenziali, nei limiti in cui facciano valere l'interesse comune all'intera

degli effetti dell'azione inibitoria collettiva, sostenendo che le associazioni dei consumatori possano agire in via inibitoria per la restituzione ed il risarcimento danni, nei limiti in cui facciano valere l'interesse, comune all'intera categoria dei consumatori lesi, ad ottenere una pronuncia di accertamento su aspetti quali l'esistenza dell'illecito, della responsabilità, del nesso causale, dell'esistenza e dell'entità potenziale dei danni (a prescindere dalle peculiarità delle singole posizioni individuali) ed ogni altra posizione idonea ad agevolare le iniziative individuali. Ritenendo, dunque, che i singoli consumatori possano avvantaggiarsi dell'accertamento favorevole delle questioni comuni a rilevanza collettiva, è evidente che l'azione inibitoria diviene un'attraente alternativa rispetto al processo di classe, posto che il processo collettivo inibitorio è meno oneroso e complesso e non impone alcun onere ai consumatori al fine di potersi avvantaggiare successivamente del giudicato collettivo⁴⁶⁵.

categoria degli utenti dei servizi assicurativi ad ottenere una pronuncia di accertamento su aspetti quali l'esistenza dell'illecito, della responsabilità, del nesso causale tra l'illecito e il danno, dell'esistenza ed entità potenziale dei danni (a prescindere dalle peculiarità delle singole posizioni individuali), ed ogni altra questione idonea ad agevolare le iniziative individuali, sollevando i singoli danneggiati dai relativi oneri e rischi. Deve, invece, essere esclusa la legittimazione dell'ente esponenziale con riferimento alle domande di condanna della compagnia assicuratrice a pagare una somma determinata ad un soggetto assicurato concretamente individuato, in mancanza di una espressa domanda dell'interessato».

⁴⁶⁵ A tal proposito R. DONZELLI, *Sub art. 140 bis*, in G. De Cristofaro e A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, p. 1056 s.

CAPITOLO IV
IL RUOLO DEL PRINCIPIO DI
TRASPARENZA NEL GIUDIZIO DI ABUSIVITÀ
DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI

SOMMARIO: 1. L'art. 35 c.cons.: il canone di chiarezza e comprensibilità. – 2. Il ruolo del principio di trasparenza nel giudizio di vessatorietà. – 3. Il difetto di trasparenza quale autonomo requisito per la valutazione della vessatorietà.

1. L'art. 35 c. cons.: il canone di chiarezza e comprensibilità.

L'esigenza di tutela del consumatore, anche nella prospettiva macroeconomica di tutela del mercato, impone di considerare il giudizio di vessatorietà da una diversa angolazione, quella relativa alla chiarezza e comprensibilità delle clausole contrattuali. La trasparenza è stata autorevolmente definita una delle «idee forti dell'epoca contemporanea»⁴⁶⁶. L'esigenza della sua affermazione e del suo rispetto, già da tempo avvertita negli ordinamenti giuridici⁴⁶⁷, si è affermata in maniera sempre più diretta ed incisiva con l'evoluzione socio-economica: l'avvento del mercato di massa e quindi la diffusione dei c.dd. «contratti

⁴⁶⁶ V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore» (La novella al codice civile)*, Napoli, 2010, p. 9. ID., *Itinerario e nuove vicende della trasparenza*, in *Corti Umbre*, 1/2016, p. 86.

⁴⁶⁷ Da numerose disposizioni normative già vigenti nell'ordinamento giuridico italiano è possibile ricavare l'esigenza, seppur indiretta, di trasparenza. Si pensi a titolo esemplificativo agli artt. 1341 e 1342 c.c. riferiti alle condizioni generali di contratto e ai contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, la cui efficacia è subordinata alla conoscenza o conoscibilità delle clausole, nonché all'artt. 1370 c.c. che in caso di oscurità sul significato delle clausole introduce il principio dell'*interpretatio contra proferentem*. Il riferimento può cogliersi inoltre nelle norme sul dolo, sull'errore, sul rispetto del principio di buona fede. Si tratta di un principio in costante affermazione e ciò risulta essere confermato anche a livello comunitario. Al riguardo emblematica è la direttiva 83/2011/UE il cui recepimento ha rafforzato il principio di trasparenza nei contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali; le direttive 39/2004/CE (c.d. MiFID 1) e 65/2014/UE (c.d. MiFID 2) con riferimento al settore dell'intermediazione finanziaria; la direttiva 97/2016/UE in relazione al settore assicurativo.

standard», connotati da una notevole disparità di potere contrattuale e da asimmetria informativa, hanno posto in rilievo la necessità di superare lo squilibrio del regolamento contrattuale introducendo forme di controllo sostanziali, che coinvolgono il contenuto del contratto ed in cui, come emerge dall'art. 35 c. cons., un ruolo centrale è svolto dal principio di trasparenza. Si tratta di un principio che permea l'intera normativa consumeristica, non a caso annoverato tra i diritti fondamentali del consumatore *ex art. 2 c. cons.* e che, per ciò che interessa ai fini di questa trattazione, riveste un ruolo di primario rilievo nel giudizio di vessatorietà delle clausole contrattuali.

Al fine di analizzare il ruolo svolto dal principio di trasparenza nel giudizio di vessatorietà occorre preliminarmente ricordare che esso ha trovato espressamente ingresso nella disciplina dei contratti del consumatore per effetto del recepimento nell'ordinamento giuridico italiano della direttiva comunitaria 93/13/CEE. È attraverso l'art. 5 di tale direttiva, originariamente trasfuso nell'art. 1469 *quater* c.c., poi confluito nell'art. 35 c. cons., che la trasparenza ha avuto una chiara e piena consacrazione nell'ambito dei contratti dei consumatori. Dal suddetto articolo, al di là del dato testuale, devono partire alcune riflessioni finalizzate a porre in evidenza la rilevanza del principio in esame. Una rilevanza che, per il comune operare delle normative comunitarie, presenta delle assonanze anche con l'ordinamento giuridico spagnolo⁴⁶⁸. Nello specifico, per ciò che concerne l'ordinamento interno, il primo comma dell'art. 35 c. cons. impone un obbligo di chiarezza e comprensibilità nella redazione delle clausole contrattuali, facendosi espressione di un principio

⁴⁶⁸ Al riguardo, E. LLAMAS POMBO, *Ordinamento spagnolo e clausole vessatorie*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO, *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, 2014, p. 89 ss; J. PAGADOR LÓPEZ, *La directiva comunitaria sobre cláusolas contractuales abusivas*, Madrid-Barcellona, 1998, p. 53 ss.

generale⁴⁶⁹, valevole per tutte le clausole, siano esse vessatorie o meno⁴⁷⁰. Non si può infatti negare, alla luce dei numerosi interventi legislativi che hanno fatto della trasparenza una loro componente, se non il loro fondamento, l'operare della norma al di là del campo della vessatorietà, coinvolgendo con le sue declinazioni una moltitudine di settori, e il suo atteggiarsi quindi quale principio generale⁴⁷¹. Il secondo comma fissa, invece, una regola di interpretazione⁴⁷², ispirata al principio della *interpretatio contra proferentem*, sancendo la prevalenza dell'interpretazione più favorevole al consumatore in caso di dubbio sul senso di una clausola e presentandosi come una delle possibili sanzioni in caso di violazione del principio di cui al primo comma⁴⁷³. Il legislatore, quindi, impone al professionista di eliminare dai contratti proposti al consumatore ambiguità ed oscurità, affinché l'informazione fornita consenta una comprensione effettiva del regolamento contrattuale a cui il contraente debole si vincola. Se l'obiettivo del legislatore è quello di

⁴⁶⁹ G. CIAN, *Il nuovo Capo X,IV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 419.

⁴⁷⁰ V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., p. 25 ss. L'A. specifica che, nonostante la collocazione sistematica della norma, la formulazione del primo comma dell'art. 35 c. cons., non ne limita l'impiego al profilo della vessatorietà delle clausole, avendo un ambito applicativo più ampio.

⁴⁷¹ Al riguardo V. RIZZO, *Principio di trasparenza e tutela del «contraente debole» (con particolare riguardo al settore assicurativo – e finanziario –)*, in L. MEZZASOMA, A. BELLUCCI, A. CANDIAN, P. CORRIAS, S. LANDINI e E. LLAMAS POMBO (a cura di), *La Banca-assicurazione*, Napoli, 2017, p. 47 ss.

⁴⁷² Sul punto ampiamente, V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983, p. 306 ss.

⁴⁷³ Viene richiamata una regola di interpretazione già contemplata nel Codice civile, all'art. 1370, specificandosi, tuttavia, che essa deve trovare impiego nei contratti del consumatore, non limitandosi però alle ipotesi in cui le clausole siano inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti, ma applicandosi anche alle clausole preformulate anche per una singola operazione contrattuale. Sul punto, G. CIAN, *Il nuovo Capo X,IV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, cit., p. 419.

rendere il consumatore edotto circa gli obblighi scaturenti dal contratto, i concetti di «chiarezza e comprensibilità» di cui al comma 1 dell'art. 35 c. cons., che assurgono a criteri fondamentali per la valutazione della trasparenza, non possono essere intesi semplicemente in termini di «leggibilità» e «conoscibilità» delle clausole. Una siffatta lettura sarebbe eccessivamente restrittiva, nonché fortemente limitativa della tutela perseguita⁴⁷⁴. I due concetti, testè indicati, dovranno quindi essere interpretati con un *quid pluris*: chiarezza e comprensibilità non si esauriscono nella mera leggibilità delle clausole, ma si estendono fino a divenire strumento che consenta al consumatore un effettivo accesso al contenuto del contratto⁴⁷⁵. Di conseguenza, la redazione delle clausole dovrà avvenire non solamente con caratteri grafici leggibili, ma con

⁴⁷⁴ V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., p. 46, nota 64. L'A. evidenzia che intendere la trasparenza nel senso di sola «leggibilità» delle clausole non contribuirebbe «ad alcun progresso» rispetto alla nozione di conoscibilità dell'art. 1341 c.c. S.T. MASUCCI, *Commento sub art.1469 quater*, in BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina della clausole vessatorie nel codice civile*, Jovene, 1996, p. 141 ss. sottolinea che la norma sulla trasparenza è indicativa della volontà di introdurre meccanismi di tutela più incisivi rispetto a quelli di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. V. anche E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 94; V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 26.

⁴⁷⁵ In tal senso, V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., p. 46. Sono del medesimo avviso, E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2010, p. 106; F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Valencia, 2017, p. 48-49. In questa prospettiva V. Corte giust., 30 aprile 2014, n. 26, C-26/13, Kásler e Rábal, in *DeJure on line*, la quale afferma che «una clausola deve essere redatta in modo chiaro e comprensibile nel senso di imporre non soltanto che la clausola in questione sia intelligibile per il consumatore su un piano grammaticale, ma anche che il contratto esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo di conversione della valuta estera al quale si riferisce la clausola in parola nonché il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo, di modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi ed intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano».

termini comprensibili anche da soggetti inesperti. Si aggiunga che, se trasparenza è consentire al contraente debole l'accesso al contenuto del contratto, di modo che lo stesso possa comprenderne le conseguenze tanto giuridiche, quanto economiche, i concetti di chiarezza e comprensibilità non possono divenire sinonimo di clausole eccessivamente analitiche e dettagliate, in quanto le stesse potrebbero generare ambiguità e oscurità, producendo l'effetto contrario. Alla luce di ciò, non si può non evidenziare che l'art. 35 c. cons. diviene espressione del c.d. «neoformalismo», attribuendo particolare rilevanza alle modalità tecniche di redazione delle clausole: una forma, ben diversa dalla sua accezione classica – *ad substantiam* e *ad probationem* – in quanto strumento atto a consentire al contraente debole di acquisire consapevolezza circa le conseguenze economico-giuridiche derivanti dal contratto⁴⁷⁶. Una forma, per così dire, funzionale alla trasparenza⁴⁷⁷ e che integra e rafforza la funzione che tradizionalmente si collega alla forma scritta⁴⁷⁸, dimostrando che l'adozione della forma scritta non è di per sé garanzia di trasparenza⁴⁷⁹.

Va aggiunto che la valutazione del rispetto dei parametri di cui al comma 1 dell'articolo in commento non potrà sempre essere effettuata *a priori*, in quanto inevitabilmente vincolata al destinatario ed al contesto di

⁴⁷⁶ V. RIZZO, *Principio di trasparenza e tutela del «contraente debole» (con particolare riguardo al settore assicurativo – e finanziario –)*, cit., p. 55, che evidenzia che «la regola formale diventa un precetto di forma-contenuto».

⁴⁷⁷ Parla di forma «*ad transparenciam*» M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2004, p. 145

⁴⁷⁸ L'art. 35 si riferisce alle «clausole proposte al consumatore per iscritto», ma dalla lettura dei Considerando n. 11 e 20 della direttiva 93/13/Cee, non si ricava alcuna limitazione dell'operare del principio di trasparenza allo scritto, un'operatività, da intendersi quindi estesa ai contratti *tout court*. È di questo avviso, V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., p. 37 ss.

⁴⁷⁹ V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., p. 37 ss. Analogamente M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Camerino-Napoli, 2011, p. 289 ss.

riferimento, dal quale non si può prescindere⁴⁸⁰. E di conseguenza, una clausola ritenuta trasparente se valutata in termini generali ed astratti, può non esserlo ove relazionata al singolo e specifico contesto in cui è destinata ad operare.

Ciò dimostra che il principio in esame è suscettibile di assumere connotazioni differenti, necessariamente influenzate e determinate dal caso concreto, del quale l'interprete non può non tener conto⁴⁸¹, giustificando, al tempo stesso, il suo possibile impiego per il perseguimento di finalità ulteriori.

2. Il ruolo del principio di trasparenza nel giudizio di vessatorietà.

A fronte di quanto premesso va ora analizzato il ruolo rivestito dalla trasparenza nel giudizio di vessatorietà delle clausole contrattuali. Si è già fatto riferimento alla tendenza di tale principio ad assumere diverse accezioni, che hanno condotto ad evidenziare che esso «è chiamato a svolgere, nel nostro sistema giuridico, una pluralità di funzioni, che si esplicano ora nella fase precontrattuale e della conclusione, ora in quella

⁴⁸⁰ Al riguardo, nell'ordinamento giuridico spagnolo V. Tribunal Supremo, 9 maggio 2013, RJ 201373088.

⁴⁸¹ Propone una lettura della «trasparenza» quale «vizio formale» G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 154. Tra coloro che inquadrano la «trasparenza» tra le invalidità derivanti dalle «modalità di formulazione della dichiarazione contrattuale» G. CIAN, *Il nuovo capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 418. Discorre di «trasparenza» come «mero risultato dell'operare di istituti tradizionali, adattati alle esigenze dell'informazione del contraente» G. GAGGERO, *Trasparenza delle informazioni contrattuali*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 1995, p. 388. Intende la trasparenza quale un aspetto del dovere di comportamento secondo correttezza o buona fede, manifestando la propria rilevanza, quindi, nel momento precontrattuale, quale criterio di valutazione del comportamento del contraente U. MAJELLO, *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in M. RISPOLI FARINA (a cura di), *La nuova legge bancaria*, cit., p. 308 ss.

dell'interpretazione e della esecuzione»⁴⁸². In questa prospettiva, la trasparenza, vista anche la sua collocazione sistematica in un *corpus* normativo la cui *ratio* è quella di garantire l'equilibrio e la giustizia sostanziale del regolamento contrattuale, può atteggiarsi anche in termini di correttezza ed equilibrio del contratto. Ciò in quanto la mancanza di trasparenza può celare iniquità nello scambio e quindi forme di vessatorietà e il suo difetto può essere sintomatico di contrarietà della clausola alla buona fede, parametro attraverso cui va valutata la rilevanza dello squilibrio. Innegabile appare quindi, la connessione tra vessatorietà e trasparenza, che conduce a riflettere sulla possibile estensione dell'operatività di quest'ultima anche sotto il profilo della vessatorietà⁴⁸³. Primario rilievo, a tal fine, assume la lettura combinata dell'art. 35 e dell'art. 34 c. cons. Al riguardo, va preliminarmente sottolineato che l'art. 33 c. cons. nel definire il concetto di vessatorietà, attribuisce rilievo esclusivamente all'equilibrio normativo, escludendo quindi dal sindacato le clausole che attengono al profilo economico dell'accordo. Il limite all'operare del giudizio di vessatorietà, viene più espressamente ribadito dall'art. 34 c. cons., che stabilisce che «La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi», specificando «purchè tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile». È evidente che la lettura combinata dell'art. 34 con l'art. 35 c. cons. attribuisce un ruolo ulteriore alla trasparenza, la quale diviene strumento atto a ridimensionare la regola dell'irrilevanza dello squilibrio economico: ove le clausole attinenti all'oggetto e al rapporto prezzo-prestazione, in linea di principio sottratte al giudizio di vessatorietà, non soddisfino i requisiti di chiarezza e comprensibilità, le stesse verranno

⁴⁸² Così V. Rizzo, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., p. 51.

⁴⁸³ In tal senso, V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., p. 103 ss.

sottoposte al sindacato del giudice. La trasparenza, quindi, diviene strumentale a garantire un controllo sull'equilibrio del contratto, aprendo la strada alla verifica della sussistenza di una proporzione tra prestazione e controprestazione e rivestendo un ruolo rilevante nel giudizio di vessatorietà⁴⁸⁴. Ciò appare funzionale anche a garantire il corretto funzionamento del mercato, in quanto ove tali clausole dovessero essere formulate in maniera oscura, si impedirebbe al consumatore una scelta ottimale, falsando la correttezza e concorrenzialità del mercato. In conclusione, il combinato disposto dagli artt. 34 e 35 c. cons. fa emergere un'affermazione particolarmente forte del principio di trasparenza, dimostrando come esso operi rivolgendosi a finalità ulteriori, divenendo strumentale non solo alla protezione del consumatore, ma anche alla tutela del corretto funzionamento delle dinamiche del mercato, smascherando quelle clausole idonee a falsarne i meccanismi. Se ne ricava una lettura della trasparenza quale strumento attraverso il quale realizzare un'effettiva giustizia sostanziale nel rapporto contrattuale⁴⁸⁵. In altri termini,

⁴⁸⁴ L. ROSSI CARLEO, *Clausole vessatorie e tipologie di controllo*, cit., p. 2034 che evidenzia «la tutela del consumatore in materia di clausole vessatorie non si esaurisce nel mero controllo del “contenuto” in senso sostanziale delle clausole presuntivamente abusive, di cui all'art. 33 c. cons., ma, oltre a verificarne la chiarezza, si estende fino ad accertare, in ragione della opacità, la presunta vessatorietà anche di clausole normalmente sottratte al controllo. E diversamente non potrebbe essere. Posto infatti che infatti che il rapporto consumatore-professionista è caratterizzato anche da uno squilibrio cognitivo a favore di quest'ultimo, la conoscenza e la conoscibilità di tutti gli elementi del contratto risulta fondamentale perché l'atto di autonomia svolga i suoi affetti». F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, p. 91 ss. che evidenzia che il controllo sul carattere vessatorio di una clausola non ha un duplice oggetto – squilibrio da un lato, difetto di trasparenza dall'altro – bensì ha come unico oggetto lo squilibrio contrario a buona fede, il difetto di trasparenza altro non è che l'estrinsecazione di uno squilibrio contrario a buona fede. In tal modo l'autore spiega il ruolo di tale principio nel giudizio di vessatorietà.

⁴⁸⁵ Per quanto riguarda la trasparenza quale strumento di controllo della vessatorietà delle clausole V. F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Falta de transparencia y*

«trasparenza» non è solo comprensibilità nella redazione del contratto, non è solo vincoli di forma, non è solo informazione⁴⁸⁶. Tale principio ha un'accezione più ampia, giungendo a ricomprendere anche il controllo del contenuto del contratto⁴⁸⁷, potendo il suo difetto celare iniquità. Essa diviene, così, strumento di riequilibrio delle asimmetrie, non solo informative, ma anche di posizione, di obblighi e diritti nascenti dal regolamento e di potere contrattuale. Si intende quindi affermare che la trasparenza, non è solo la concretizzazione estrinseca del contenuto del contratto, ma contenuto dello stesso. Da qui occorre leggere tale principio, quale elemento del regolamento negoziale dalla cui violazione può

carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, in *InDret* 3/2013.

⁴⁸⁶ L. MEZZASOMA, *Meritevolezza e trasparenza nei mercati finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 180 ss., che evidenzia che «Ciò che si intende dire è che la trasparenza, oggi, non è detto che riguardi esclusivamente l'aspetto delle informazioni — secondo i principi di chiarezza e comprensibilità — ma anche quello relativo le condotte imposte agli intermediari. Ciò determina una interpretazione del principio di trasparenza non più limitata all'aspetto meramente formale dell'atto quanto, piuttosto, orientata in senso sostanziale e tale, cioè, da coinvolgere l'intera attività posta in essere da parte dell'intermediario. Non ci si deve limitare a rendere conoscibili al cliente i dati essenziali di una certa negoziazione, ma anche la creazione di una disciplina trasparente relativa a tutte quelle condotte che, caratterizzate da un certo grado di opacità, permetterebbero all'intermediario — se non correttamente regolate — di perpetrare comportamenti dannosi per il cliente».

⁴⁸⁷ Sul punto, A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 143 ss. che sottolinea «In altre parole, non si dà trasparenza in termini di sola informazione, secondo l'idea di fondo che tutto sommato è passata nella percezione generale della trasparenza contrattuale, ma essa deve estendersi altresì alla valutazione dei contenuti, e così del discorso della trasparenza contrattuale fa parte anche il sindacato che la legge e la disciplina secondaria introducono in termini di misure organizzative dell'impresa e di contenuti normativi (disciplinari) e altresì economici del contratto, come è chiaro se solo si considera la disciplina dell'usura, quella dell'anatocismo, quella delle commissioni di massimo scoperto, e poi delle commissioni di disponibilità di fondi, di cui il legislatore fissa anche l'importo percentuale massimo ammesso».

conseguire un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi. Se questo è vero, allora si palesa la necessità di ripensare alle forme di controllo previste dalla normativa consumeristica e in una prospettiva *de jure condendo* assegnare alla trasparenza un ruolo autonomo nel giudizio di vessatorietà, con la conseguente applicazione, nel caso di violazione della stessa, dei rimedi previsti dalla normativa di protezione. La rivalutazione in tal senso dei sistemi di controllo e quindi del ruolo del principio di trasparenza, ad avviso di chi scrive, è imposta tanto dal fatto che nei contratti di massa l'autonomia privata del contraente debole non si realizza tramite una trattativa, ma solo attraverso un'adesione dello stesso a quanto già predisposto dal contraente forte, quanto dagli effetti macroeconomici della diffusione di contratti squilibrati. In particolare, posto che la formulazione delle clausole in modo non chiaro e non comprensibile impedisce al consumatore di avere contezza circa le conseguenze economico-giuridiche del regolamento e, di conseguenza, di prestare un consenso pienamente consapevole, i precetti di chiarezza e comprensibilità si impongono quali requisiti qualitativi del contratto stesso, divenendo, in caso di violazione sintomatici della sussistenza di uno squilibrio nella contrattazione. Questa interpretazione del principio in esame appare necessaria se si vuole evitare che, in contrasto con la normativa consumeristica, l'equilibrio del regolamento sia solo apparente. Si palesa, dunque, la considerazione che una clausola non trasparente è iniqua anche sul piano contenutistico, in quanto la trasparenza è funzionale all'equità⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ Questa è la prospettiva abbracciata dall'ordinamento giuridico tedesco. Infatti il paragrafo 307 *BGB* ha introdotto, facendo proprio un precedente indirizzo giurisprudenziale, lo squilibrio da intrasparenza, prevedendo che lo svantaggio squilibrato possa derivare dalla non chiarezza e non comprensibilità della clausola contrattuale attinente non solo al profilo economico del contratto, ma anche a quello normativo, posto che la norma si riferisce a tutte le condizioni generali del contratto. In dottrina V. HABERSACK-KLEINDIEK-WIEDENMANN, *Die EG-Rechtlinie uer missbrauchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und das kunftige AGB-Gesetz*, in *Zeitschrift. Wirtschaftsrecht*, 1993, p. 1674; GRAF VON

In forza di ciò il suo difetto deve essere considerato quale autonomo e a sé stante indice di vessatorietà delle clausole, oltretutto non solo con riferimento a quelle attinenti al profilo economico, ma anche a quello normativo⁴⁸⁹, con conseguente e automatica applicazione dei rimedi contemplati dalla normativa consumeristica nelle ipotesi di vessatorietà e funzionali a garantire, tramite controlli penetranti, che non si arrestano al solo dato formale, l'equilibrio dello scambio⁴⁹⁰ e una tutela effettiva non solo del contraente debole, ma dell'intero mercato.

3. Il difetto di trasparenza quale autonomo requisito per la valutazione della vessatorietà.

Si è fin qui evidenziato il ruolo svolto dal principio di trasparenza nel giudizio di vessatorietà delle clausole contrattuali⁴⁹¹, un ruolo che impone una concezione della trasparenza da non limitare al semplice concetto di mera leggibilità o conoscibilità delle clausole, ma che spieghi i propri effetti sul piano contenutistico, in termini di equilibrio e correttezza. Non si può infatti negare che spesso la mancanza di trasparenza nasconde

WESTPHALEN, *AGB-Rechtlinie und AGB-Gesetz*, in *Europ. Wirtschaftssteuerrecht*, 1993, p. 164 s. Considerazioni al riguardo si colgono in F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2001, p. 37 ss., in cui si analizza il dibattito che ha coinvolto la dottrina e la giurisprudenza tedesche. Per una completa disamina sul punto V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, Napoli, 2010, p. 62 ss. Anche il codice civile ungherese, all'art. 209, par. 4 e 5, prevede espressamente l'equipollenza tra intrasparenza e vessatorietà.

⁴⁸⁹ Va ribadito che nel sistema normativo delineato dalla direttiva 93/13/CE l'«intrasparenza» della clausola rileva solo se questa attiene al profilo economico del contratto, determinandone la sottoposizione al giudizio di vessatorietà, non nel caso in cui si tratti di clausole «normative».

⁴⁹⁰ V. RIZZO, *Itinerario e nuove vicende della trasparenza*, cit., p. 99, che evidenzia che non può essere intesa semplicemente nella sua valenza formalistica e procedimentale, in quanto strettamente strumentale all'equilibrio contrattuale.

⁴⁹¹ V. S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. Dir. Annali*, V, Milano, 2012, p. 1303 ss.

svantaggi sostanziali e di ciò anche la giurisprudenza ne ha preso consapevolezza. Al riguardo, a livello comunitario si è andata recentemente accreditando la nozione di trasparenza «sostanziale», ponendo in evidenza che ci si trova di fronte alla violazione del principio di trasparenza ogniqualvolta le informazioni trasmesse non consentano al consumatore di comprendere significato e portata della clausola. Più nello specifico la Corte di Giustizia, ha sottolineato che «l'obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali posto dalla direttiva 93/13 non può essere limitato unicamente al carattere comprensibile sui piani formale e grammaticale di queste ultime. Al contrario, (...) poiché il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 poggia sull'idea che il consumatore versi in una situazione di inferiorità nei confronti del professionista per quanto concerne, in particolare, il livello di informazione, siffatto obbligo di trasparenza deve essere inteso in maniera estensiva»⁴⁹². In altri termini, sempre utilizzando le parole della Corte, il concetto di trasparenza deve essere inteso nel senso di informazione che consenta al consumatore di prevedere «in base a criteri chiari e comprensibili, le conseguenze economiche che gliene derivano». Il concetto di trasparenza «sostanziale», nell'ordinamento giuridico spagnolo, è stato alla base di una serie di pronunce in materia di clausole *floor*, clausole che nei contratti di finanziamento stabiliscono che l'interesse dovuto dal mutuatario alla banca mutuante non possa comunque scendere al di sotto di una certa soglia⁴⁹³. Celebri al riguardo sono alcune sentenze del Tribunal Supremo spagnolo, che si è pronunciato per la prima volta sul tema nel 2013⁴⁹⁴, qualificando

⁴⁹² V. Corte giust., 30 aprile 2014, C- 26/13 Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt , in *DeJure on line*.

⁴⁹³ Sul controllo di trasparenza F.J. ORDUÑA MORENO, C. SÁNCHEZ MARTÍN e R. GUILLÉN CATALÁN, *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Valencia, 2016.

⁴⁹⁴ Tribunal Supremo, 9 maggio 2013, n. 241. Sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Ue V. G. D'AMICO, *Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà (Variazioni*

tali clausole come vessatorie e quindi nulle⁴⁹⁵, in quanto inserite nel contratto in modo non trasparente. Ci troviamo di fronte, quindi, ad una declaratoria di abusività delle clausole – nella specie attinenti all’oggetto del contratto – derivante dal solo fatto della violazione del principio di trasparenza⁴⁹⁶. Nello specifico, in tale occasione, il Tribunale Supremo ha dichiarato che quando le clausole si inseriscono in un contratto con il consumatore, il controllo di trasparenza non deve limitarsi al dato formale, ma estendersi a quello sostanziale, verificando la capacità della clausola di rendere edotto il consumatore circa il contenuto della stessa e quindi circa le conseguenze economico-giuridiche che ne derivano. Il dovere di informazione incombente sul professionista non può limitarsi, quindi, alla consegna di documenti da cui risulti il regolamento negoziale, ma ha un contenuto ben più ampio⁴⁹⁷. Si tratta, infatti, di un dovere che comporta necessariamente di tener in considerazione le capacità di comprensione del consumatore, di guisa che l’informazione possa essere modulata a quanto necessario a consentire allo stesso di comprendere il vero e concreto significato della clausola e come essa «gioca» o «possa giocare» nell’economia del contratto. Secondo il Tribunal Supremo le clausole suolo non rispettavano la trasparenza «sostanziale» per più ordini di ragioni: a causa della carenza di un’informazione sufficientemente chiara; per essere state presentate congiuntamente alle cc.dd. «clausole tetto»; in quanto non venivano presentate simulazioni di scenari diversi in relazione al comportamento ragionevolmente prevedibile dell’interesse; poichè non

sul tema dell’armonizzazione minima), in G. D’AMICO e S. PAGLIANTINI, *L’armonizzazione degli ordinamenti dell’Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018, p. 91, nota 8.

⁴⁹⁵ E. LLAMAS POMBO, *La nulidad de las cláusulas suelo*, in *Ars Iuris Salamanticensis*, n. 1, 2013, p. 1-17.

⁴⁹⁶ N. MATO PACÍN, *El contrato de servicios bancarios: las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario*, in *Jus Civile on line*, 2017, p. 244 ss.

⁴⁹⁷ Cfr. F. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Valencia, 2017, p. 48 s.

veniva fornita un'informazione chiara e comprensibile sul costo comparativo di altre modalità di prestito; e da ultimo, perché le clausole in questione erano collocate in mezzo ad una notevole quantità di dati che finivano per oscurare e per distrarre l'attenzione del consumatore. Ne deriva, con tutta evidenza, che nel caso affrontato dal Tribunal Supremo spagnolo, l'intrasparenza assume un rilievo autonomo nel giudizio di vessatorietà. Ciò in quanto si tratta di una violazione particolarmente grave, tale da impedire al consumatore di confrontare le condizioni economiche offerte dalla controparte con quelle di altri operatori di mercato, con la conseguenza che lo stesso è costretto ad una decisione «inconsapevole». Una gravità che giustifica, quindi, l'elevazione dell'«intrasparenza» ad autonomo requisito di valutazione della vessatorietà⁴⁹⁸, con conseguente sanzione della nullità⁴⁹⁹. Ampliando lo sguardo ad altri ordinamenti, si può notare che quello tedesco⁵⁰⁰ introduce una disposizione (§ 307 BGB) di maggior favore per il consumatore rispetto a quanto previsto dalla direttiva europea 93/13/CEE, prevedendo che la vessatorietà della clausola possa essere pronunciata anche in virtù della semplice circostanza che la clausola stessa sia intrasparente.

E ciò potrebbe trovare spazio, in una prospettiva *de iure condendo*, anche nel nostro ordinamento, in cui il legislatore sulla spinta di quello comunitario ha introdotto una disciplina di controllo contenutistico, in cui il principio di trasparenza può giocare un ruolo di primario rilievo se interpretato come strumento di accesso al contenuto del contratto e non

⁴⁹⁸ G. D'AMICO, *Manca di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà (Variazioni sul tema dell'armonizzazione minima)*, in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018, p. 87 ss.

⁴⁹⁹ Al riguardo si veda E. LLAMAS POMBO, *La nulidad de las cláusulas suelo*, in *Ars Iuris Salamanticensis*, n. 1, 2013, p. 1-17.

⁵⁰⁰ F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2001, p. 37 ss.

semplicemente declinato in termini di mera conoscibilità e leggibilità delle clausole contrattuali⁵⁰¹. Se trasparenza non è semplicemente una questione di comunicazione chiara, ma è qualcosa che va «oltre», un qualcosa funzionale a favorire una scelta informata e ponderata da parte del contraente, a razionalizzare le offerte sul mercato da parte del professionista e a favorirne la confrontabilità, allora, la trasparenza assume non solo un ruolo strumentale all'equilibrio contrattuale, ma anche complementare allo stesso, e ripercuote i propri effetti anche a livello macroeconomico. Infatti, garantire la trasparenza, tramite strumenti penetranti ed in grado di incidere sul contenuto del regolamento contrattuale in modo da riequilibrarlo, significa rendere il consumatore in grado di orientare attivamente il mercato. In questo senso essa deve trasformarsi in strumento di controllo e di limitazione del contenuto degli atti di autonomia negoziale⁵⁰². Alla luce di quanto evidenziato deve ritenersi che la violazione del principio di trasparenza possa assurgere a criterio autonomo di valutazione della vessatorietà delle clausole contrattuali, un criterio che si affianca a quello contenutistico e con il quale è chiamato ad operare, in un rapporto di stretta interconnessione, tanto nella prospettiva di apprestare una tutela effettiva al contraente debole, quanto a garanzia di un corretto funzionamento del mercato⁵⁰³.

⁵⁰¹ V. Trib. Lanciano, 17 ottobre 2017, n. 402, in *DeJure on line*, in cui si evidenzia «Le clausole *floor* sono pienamente valide (anche nei contratti con i consumatori: ABF Roma, 2688/2011; ABF Napoli, 2735/2014) ed efficaci, purché pattuite in modo chiaro e comprensibile».

⁵⁰² Per una lettura del principio di trasparenza nel suo legame con il giudizio di meritevolezza nel caso di violazione di principi e valori costituzionale V. L. MEZZASOMA, *Meritevolezza e trasparenza con riferimento alla distribuzione di prodotti assicurativi*, in L. MEZZASOMA, A. BELLUCCI, A. CANDIAN, P. CORRIAS, S. LANDINI e E. LLAMAS POMBO (a cura di), *La Banca-assicurazione*, Napoli, 2017, p. 177 ss.

⁵⁰³ V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore» (la novella al codice civile)*, cit., p. 106 ss. che acutamente evidenzia che la trasparenza soccorre ai

Conclusiones

Con este trabajo, al examinar críticamente diversos aspectos de la cuestión de la protección de los consumidores ante la inclusión en el contrato, elaborado unilateralmente por el profesional, de cláusulas abusivas, hemos tratado de reflexionar sobre el potencial de desarrollo de la legislación en cuestión, con la esperanza de que las intervenciones reguladoras no sólo hagan más eficaces los medios de protección existentes, sino que se extiendan a todos los contratos en los que exista una asimetría de poder de negociación, independientemente de la calificación subjetiva de los contratantes. El estudio se llevó a cabo sobre la base de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, transpuesta en Italia por la ley n. 52 de 6 de febrero de 1996, que introdujo en el Código Civil los artículos 1469 *bis* a 1469 *sexies*, disposiciones que se incorporaron al Código de Consumo, aprobado por el Decreto Legislativo n. 206 de 6 de septiembre de 2005. Se trata de una directiva que ha tenido un gran impacto en nuestro ordenamiento jurídico, ya que ha dado lugar a innovaciones extremadamente significativas en el ámbito de la regulación de los contratos. Esta directiva ha llevado a superar el enfoque puramente formalista y procesal al que se refieren los artículos 1341 y 1342 del Código Civil italiano, que tradicionalmente implicaba el control de los actos de autonomía privada, con el fin de introducir un control sobre el contenido de la voluntad de las partes contratantes, «rompiendo» así el dogma de la intangibilidad de la autonomía de negociación. La transposición de la Directiva 93/13/CEE ha supuesto la introducción de un control que antes era impensable, y que la evolución de la dinámica del mercado y la aparición de sistemas modernos de negociación han hecho necesario para garantizar la justicia sustancial de la

meccanismi di mercato e garantisce, ove questi falliscano, un controllo circa la sproporzione tra prestazione e controprestazione.

normativa negocial y, de este modo, garantizar que cualquier regulación contractual sea el resultado de un equilibrio adecuado entre la «libertad» y la «justicia» del intercambio. Así, la necesidad de proteger a aquellos sujetos que se encuentran en una posición de debilidad frente a sus contrapartes contractuales se ha visto inevitablemente reflejada en la forma tradicional de entender el contrato, lo que ha conducido a la superación de cualquier enfoque que considere la autonomía negocial como un poder exclusivo de la voluntad de las partes de regular libremente una relación jurídica, ya que debe relacionarse con los valores y principios que constituyen la base de nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, con las necesidades de protección que se han puesto de manifiesto a raíz de la evolución del mercado y, en particular, de la proliferación de la negociación en masa.

1. Del análisis realizado se desprende la atención y el interés del legislador comunitario, en primer lugar, y del legislador italiano después, por crear un sistema normativo capaz de proteger a los consumidores en el contexto de las relaciones de negociación, buscando un equilibrio que favorezca tanto la producción como el consumo. El resultado es una legislación innovadora y sin duda penetrante para proteger al consumidor, pero muy deficiente en cuanto al ámbito de aplicación. Es precisamente este aspecto el que se destacó en la primera parte de la investigación, tratando de situarse en la perspectiva más amplia de la protección del «contratante débil». Es bien sabido que el derecho de los consumidores se aplica exclusivamente a la relación contractual entre el profesional y el consumidor, entendido como una persona física que actúa con fines ajenos a la actividad empresarial que eventualmente pueda llevar a cabo. Se trata de un enfoque excesivamente rígido, que se ha considerado no acorde con la realidad práctica en la que a menudo intervienen partes débiles que, aunque no tengan las características exigidas por el artículo 3 del Código del Consumo para ser considerados consumidores, se encuentran en

realidad en la misma situación de debilidad técnico-económica e informativa que sus homólogos en el contrato. Se hace referencia no sólo a las entidades que no actúan con fines profesionales, sino con fines sociales, culturales y asistenciales que no reciben, como personas jurídicas, una protección adecuada cuando entran en contacto con una contraparte profesional, pero también a las pequeñas y medianas empresas que a menudo mantienen relaciones económicas con empresas mucho más fuertes. Así pues, a pesar de la existencia de un desequilibrio significativo entre las partes contratantes, los mecanismos de protección previstos por el Derecho de los consumidores no pueden hacerse extensivos a estos tipos de negociación, ya que las partes contratantes no se ajustan a los estrictos esquemas de definición establecidos en el artículo 3 del Código del Consumo. La rigidez de la definición, así como de la interpretación de la misma por la jurisprudencia, determina una irracionalidad en la diferenciación de los tratamientos jurídicos que no sólo chocan con la realidad práctica, con las necesidades efectivas de protección que entran en juego en el caso concreto, sino también con la misma ratio que animó tanto al legislador comunitario como al italiano con la transposición de la Directiva 93/13/CEE. Si la razón principal de la legislación en materia de consumo es proteger al sujeto que se encuentra en posición de inferioridad respecto al empresario, debe concederse la misma protección a la persona jurídica que se encuentre sometida a la misma situación. Dado que la calificación de persona jurídica no impide ni disminuye el riesgo de que sea objeto de abusos en el mercado, la diferenciación de la protección parece injustificable y manifiestamente injusta. Lo mismo se aplica a las pequeñas y medianas empresas, así como a los pequeños comerciantes y artesanos. No puede ignorarse que tanto la jurisprudencia interna como la comunitaria han adoptado una interpretación restrictiva que, para calificarse subjetivamente de «consumidor», desempeña un papel decisivo en el tipo de actividad desarrollada por el contratante. Esta orientación se

basa en la presunción de que el empresario, sólo por el hecho de serlo, posee las competencias, los conocimientos y la experiencia suficientes para evitar la celebración de contratos desequilibrados y, por lo tanto, no puede esperar de la ley la misma protección que la que se concede al consumidor. Sin embargo, si se hace referencia a las pequeñas empresas, a los pequeños comerciantes y a los artesanos, esta consideración no es muy eficaz para justificar la línea interpretativa adoptada. Dado que la interpretación y aplicación de una disposición legislativa debe tener en cuenta las circunstancias específicas del caso y los intereses que cada vez entran en juego, es excesivo considerar que el profesional está excluido a priori de la legislación de protección. Significa no tener en cuenta las hipótesis, no inusuales, en las que el empresario actúa fuera de su ámbito específico de competencia. Supuestos en los que el mismo puede no tener las competencias técnicas que le permitan una elección racional de contrato y estar, por tanto, expuesto a aquellos abusos que la legislación pretende evitar. Al mismo tiempo, como se ha señalado en el debate, también es cierto lo contrario. No siempre y no necesariamente las pequeñas y medianas empresas se encuentran en una posición de debilidad, pero pueden abusar de su posición de fuerza contractual frente a la controparte, por ejemplo, mediante la posesión de una patente especial que les permite realizar prestaciones en favor de las grandes empresas, necesarias para la actividad de éstas últimas. Una posición de fuerza que puede expresarse en la celebración de contratos desequilibrados que, en función de las circunstancias del caso, deben poder ser sancionados para proteger a la parte débil, aunque sea empresario. Así, si la interpretación debe partir del caso concreto, no se puede negar que la necesidad de protección también puede surgir en las relaciones contractuales en las que el empresario, actuando con fines propios de la profesión, opera en un ámbito ajeno a la actividad típica o con un empresario especialmente fuerte, con la consecuencia de que la aplicación de la normativa sectorial no puede

excluirse *a priori*, sino que debe aplicarse a todos los actos relativos a la actividad desarrollada por el profesional en los que, sobre la base de las circunstancias del caso concreto, se produce su condición de debilidad respecto a la contraparte contractual. Esta ampliación parece ser la más adecuada si consideramos también la perspectiva macroeconómica y, por tanto, la importancia de las pequeñas y medianas empresas en la economía, cuya debilidad depende a menudo de su dificultad para relacionarse con las mismas armas de la otra parte. También hay que tener en cuenta, una vez más para confirmar la posición que se pretendía adoptar en el curso del debate, que las normas sobre protección de los consumidores deben interpretarse y aplicarse desde la perspectiva de la unidad del ordenamiento jurídico y a la luz de los principios y valores constitucionales y comunitarios. El legislador ha intentado ir más allá del enfoque puramente económico y patrimonialista de las relaciones jurídicas, considerando al consumidor, en primer lugar, como persona y construyendo una disciplina que, por otra parte, está en continua evolución, que potencia las relaciones de consumo a la luz de su dimensión personal. Por lo tanto, si el objetivo es proporcionar instrumentos que ofrezcan a la parte más débil una protección concreta y eficaz, de poco sirve que la aplicación de las instituciones individuales dependa de las categorías y los conceptos. De ello se deduce que es necesario configurar la noción de parte más débil del contrato no en términos generales y abstractos, sino teniendo en cuenta la «relatividad de las situaciones» y evaluando las circunstancias e intereses concretos que entran en juego en el caso individual. Se sabe ahora, de hecho, que la concepción axiológica de la ley requiere tomar en consideración el interés, su mérito y relevancia, colocando remedios de acuerdo con los intereses y su protección. Por consiguiente, la aplicación de la ley a los distintos contratos no puede depender de su pertenencia a una u otra categoría, sino de las peculiaridades, de hecho y de derecho, de la operación económico-jurídica realizada.

2. De estas consideraciones ha nacido una reflexión sobre la posibilidad de que las regulaciones sectoriales operen en todos aquellos casos en los que, en el momento de la negociación, exista una condición de «asimetría» de información y/o económica entre las partes, o cuando se proponga un contrato en condiciones de desigualdad. De hecho, si lo que importa es la posición concreta de debilidad del contratante con respecto a su contraparte, si es necesario evaluar los intereses que entran en juego en la operación económica individual y las necesidades de protección que se derivan, si los remedios deben ser diseñados en función a los intereses a proteger, entonces, se puede cubrir el papel del consumidor como un sujeto protegido por legislación sectorial, cualquiera, con independencia de su calificación subjetiva, sin poder excluir a priori la extensión de la operatividad de los instrumentos de esta protección a los contratos entre empresarios. Desde este punto de vista, las normas del Derecho de los consumidores a primera vista también pueden aplicarse a los contratos entre comerciantes. Este enfoque se apoya también en el análisis de los motivos que inspiran la Directiva 93/13/CEE. La medida en cuestión es el resultado de la necesidad de superar las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de regulación de las cláusulas abusivas, diferencias que, como se prevé expresamente en el considerando 2, pueden dar lugar a «distorsiones de la competencia entre vendedores de bienes y prestadores de servicios cuando se comercializan en otros Estados miembros». Por lo tanto, nos enfrentamos a una disciplina que también persigue el objetivo de facilitar a las empresas su actividad comercial mediante el fomento de la competencia, estableciendo así normas para que cada uno pueda lograr su ventaja individual de acuerdo con un mercado competitivo justo. Por lo tanto, la necesidad de reequilibrar la relación contractual subyacente a la Directiva es funcional, no sólo para la protección del consumidor, sino también para el establecimiento y funcionamiento del mercado, así como para su regulación legal, que gira

precisamente en torno a la consecución de un equilibrio adecuado de derechos y obligaciones en las relaciones contractuales. Y si este es el objetivo, si la naturaleza de los intereses protegidos por la Directiva es pública, parece inadecuado limitar las normas sobre cláusulas abusivas a los contratos de consumo, excluyendo *a priori* las relaciones negociales entre el empresario y aquellos que, por su posición, pueden asimilarse a los consumidores. Una exclusión que, considerando como prueba los motivos inspiradores de la directiva, no parece aceptable y que contrasta con la propia lógica de la legislación, ya que excluye de las soluciones y protecciones previstas por el legislador las relaciones contractuales que, aunque no impliquen a sujetos calificados como «consumidores», pueden bien caracterizarse por el desequilibrio y la desproporción, afectando e influyendo así en la correcta dinámica del mercado, produciendo el efecto «distorsionador» que, sin embargo, la legislación pretende evitar.

3. Las consideraciones anteriores han llevado a la ampliación del análisis de otras normativas, cuyo estudio ha permitido deducir que la necesidad de protección, de la que es consciente el legislador, no concierne sólo y exclusivamente al consumidor en las negociaciones con el empresario, sino también al éste último en las relaciones con otros profesionales. A este respecto, se hizo referencia, entre otras cosas, a la Ley n. 192, de 18 de junio de 1998, relativa a las «normas que rigen la subcontratación en las actividades de producción», al Decreto Legislativo n. 231, de 9 de octubre de 2002, por el que se aplica la Directiva n. 35, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y al artículo 62 del Decreto Legislativo n. 1 de 24 de enero de 2012, modificado por la Ley n. 27 de 24 de marzo de 2012 y la Ley n. 221 de 17 de diciembre de 2012, que tiene por objeto frenar el problema de la disparidad de poder de negociación entre los productores agrícolas y agroalimentarios, por una parte, y las entidades distintas de los consumidores finales a los que venden sus

productos, por otra. A partir del análisis de estas normas, se ha podido constatar que nuestro sistema aparece, en su conjunto, impregnado de la necesidad de establecer mecanismos que permitan a la parte más débil del contrato, independientemente de su calificación subjetiva, reaccionar ante situaciones que le son perjudiciales. De esta manera hemos tratado de resaltar la tendencia generalizada a regular las vías de recurso para proteger a aquellos que, en la práctica, sufren una fiscalidad desequilibrada y desproporcionada, destacando que además de la protección del consumidor, también frente a otros agentes del mercado se elaboran normas encaminadas a superar cualquier posible condición de asimetría entre las partes, en las que éstas hayan aceptado cláusulas abusivas que ya constituyan un indicio grave de debilidad contractual. Esto parece ser confirmado por la reciente enmienda - hecha por la Ley de Presupuesto de 2018 - a la instituto de la compensación justa de conformidad con el artículo 13 *bis* de la Ley n. 247, de 31 de diciembre de 2012 (Legge professionale forense). La norma legitima el control del contenido del contrato celebrado entre el cliente (banco o compañía de seguros) y el abogado, enumerando los distintos casos de abusividad y determinando en favor del empresario la posibilidad de la nulidad de la protección. A este respecto, cabe señalar que la legislación en cuestión se refiere a términos y conceptos que nacieron y se desarrollaron en la legislación sobre consumo. La referencia es principalmente al «desequilibrio significativo» que se produce tanto en el art. 33 c. cons. como en el apartado 4 del artículo 13 *bis*, que establece que las cláusulas «se consideran abusivas cuando determinan, incluso en razón de la desigualdad de la indemnización acordada, un desequilibrio contractual significativo contra el abogado», así como la nulidad de la protección, a la que se hace referencia en el apartado 8 del artículo 13 *bis* y que ya está contenida en el artículo 36 c. cons. Regímenes diferentes, pero similares, porque similar es la condición de debilidad en la que se encuentra el abogado-parte débil. Nos encontramos,

por tanto, ante un profesional considerado un contratante débil, por su relación con sujetos económicamente más fuertes, que prepara unilateralmente las convenciones a las que se adhiere el abogado. Un profesional que quiere protegerse introduciendo una protección específica y sustancial, que se aplicará siempre que el abogado celebre contratos que contengan cláusulas abusivas y que, por tanto, se caractericen por un desequilibrio significativo a favor del cliente. Al mismo tiempo, además del propósito de proteger al profesional débil, la voluntad de proteger el mercado no puede quedar en segundo plano. El elevado número de abogados que trabajan en Italia, de hecho, aumenta el riesgo de que los servicios profesionales tiendan a disminuir, lo que podría causar un deterioro de la calidad, además de abrir el camino a la realización de abusos por parte de «sujetos fuertes», como los bancos y las compañías de seguros. Por lo tanto, puede concluirse que el objetivo de la disposición legal es, por una parte, proteger el mercado evitando el falseamiento de la competencia y, por otra, proteger al contratista débil, que en el caso concreto no coincide con un consumidor, sino con un profesional, proporcionando una protección de nulidad en su beneficio.

4. La intención del legislador comunitario de diseñar un sistema de protección contra las cláusulas abusivas aplicables, no sólo a los contratos de consumo, sino también a los contratos entre empresas, también la encontramos en el análisis de la Propuesta de Reglamento europeo sobre la venta de 11 de octubre de 2011, un proyecto ahora «naufragado» y destinado a facilitar el comercio transfronterizo. La Propuesta establece criterios diferentes para la evaluación de la vessatorietà en función de que el contrato se haya celebrado entre profesionales o en el que participe también el consumidor, elección que viene determinada por el hecho de que el consumidor se considera, a priori, en constante defecto de información, lo que lleva al legislador a establecer una protección reforzada en comparación con la que se ofrece al empresario, que puede

encontrarse, sin embargo, en una posición de debilidad, que, no obstante, se evaluará caso por caso. Esta legislación está llena de importantes innovaciones, especialmente para nuestro ordenamiento jurídico, que se ven corroboradas por el hecho de que la propuesta prevé, en las relaciones de consumo, la extensión del control judicial sobre el objeto principal del contrato o sobre la adecuación del precio, lo que no es insignificante si consideramos que nuestro ordenamiento jurídico siempre ha mostrado su aversión a un control que limitase la libertad contractual de las partes, en lo que respecta al contenido económico del acuerdo. Tradicionalmente, de hecho, nuestro legislador ha limitado el control del abuso a los elementos normativos del contrato, excluyendo la posibilidad de que el juez revise los aspectos económicos acordados por las partes contratantes. Además, otro hecho de no poca importancia es que, aunque limitado a las relaciones con los consumidores, la Propuesta ha ampliado el control de la ilegalidad también a las cláusulas insertadas tras una negociación individual, mientras que, por otra parte, en nuestro ordenamiento jurídico, la negociación siempre ha constituido la distinción entre una cláusula legítima y una cláusula abusiva. Otra innovación importante es la disposición de una norma general para la evaluación de la legitimidad del contenido de las cláusulas incluidas en los contratos celebrados entre profesionales únicamente, en los que, en Italia, el único criterio general para la evaluación del carácter abusivo, también aplicable a las relaciones entre empresas, se limita a revisar el aspecto formal de la cláusula, sin entrar en la evaluación de su contenido. Se trata de una propuesta que, aunque nunca se ha transformado en un acto legislativo, demuestra la intención, siempre actual, de ir más allá de las cualificaciones subjetivas de las partes contratantes, atribuyendo una importancia primordial a la condición real de debilidad del contratante, ya que la falta de poder de negociación se encuentra no sólo en las relaciones en las que interviene el consumidor, sino también en las relaciones entre profesionales únicamente. Sobre la

base de lo dicho, si el objetivo es la justicia sustancial del intercambio, es necesario abandonar conceptos y definiciones abstractas para sumergir las reglas en la realidad concreta: de esta manera no será la calificación del contratante como consumidor lo que justifique la aplicación de la legislación protectora, sino su posición concreta de debilidad económica.

5. En el curso del trabajo, se señaló que las formas de control sobre el contenido de las normas contractuales, que en el pasado se consideraban «excepcionales», como resultado de los continuos cambios económicos y tecnológicos que han tenido lugar en el mercado, han perdido este carácter y se han convertido en un aspecto del control normal reservado a la autoridad judicial. Esta tendencia nos lleva a considerar la protección del contratista débil *tout court* como un requisito imperativo de interés general, que como tal no puede quedar anclado en la estricta definición del artículo 3 del Código de consumo, sobre todo si tenemos en cuenta el reflejo que éste pueda tener sobre la dinámica del mercado y sobre el buen funcionamiento del mismo. Así pues, se puso de relieve la estrecha correlación entre la abusividad y el mercado, que parecía ser bastante evidente en relación con la legitimidad activa de un requerimiento judicial (artículo 37 del Código de consumo). En particular, el interés de las asociaciones profesionales por actuar se fundamenta en el deseo de evitar alteraciones en la dinámica de la competencia derivadas de la utilización de cláusulas abusivas. De hecho, en pocas palabras, la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato puede dar lugar a una reducción de costes para quien lo estipule, lo que afecta no sólo al consumidor, sino también al empresario. Frente a ello, se ha destacado que el objetivo indirecto perseguido por el legislador interno es proteger la transparencia del mercado, eliminando las ventajas del endeudamiento conseguido por la empresa que hace uso de cláusulas abusivas. Habida cuenta de la configuración actual de la legitimidad activa prevista, no podía dejar de plantearse un punto crítico, también en virtud de la lógica de la legislación

en cuestión. El artículo 5, apartado 4, letra b), del Decreto Legislativo n. 219, de 25 de noviembre de 2016, eliminó el derecho de las Cámaras de Comercio, Industria, Artesanía y Agricultura a interponer una acción de cesación, previsto inicialmente. En opinión de la autora, esta elección no es aceptable. En este contexto regulatorio, dada la estrecha correlación entre la abusividad y el mercado, dada la función disuasoria de los remedios articulados en la disciplina proteccionista y dada su lógica, encaminada a asegurar el correcto funcionamiento del mercado, aparecen las tareas de control y protección de esos organismos, como las Cámaras de Comercio, la industria, la artesanía y la agricultura, que operan con independencia de los intereses del sector y que son tradicionalmente los encargados de verificar la regularidad de las actividades de producción, ya que están llamados a garantizar la corrección y la transparencia de un circuito económico que vive tanto de las relaciones entre empresas como de las relaciones entre empresas y consumidores.

6. La estrecha relación entre la abusividad y el mercado también se pone de manifiesto con la introducción del control administrativo encomendado a la Autoridad de Defensa de la Competencia, mencionado en el artículo 37 *bis*, que proporciona tanto a los consumidores como a los empresarios instrumentos para neutralizar el abuso como garantía de un mercado competitivo y para evitar su fracaso. La inclusión del control administrativo demuestra que el sistema de recursos y salvaguardias establecido por nuestro legislador no solo está diseñado para proteger al consumidor, sino también para garantizar que el mercado permanezca libre de prácticas abusivas, cuya difusión socava su eficiencia, transparencia y competitividad. Dada la estrecha interconexión entre la abusividad y el mercado y dado que el problema del control de la regulación contractual no se limita a la mera cuestión de la protección de los consumidores, parece necesario, desde una perspectiva de *iure condendo*, ampliar el ámbito de aplicación de la legislación mencionada en el artículo 33 del Código de

consumo a las relaciones en las que no intervienen los consumidores, sino que intervienen otras partes contratantes frágiles, con el fin de garantizar la correcta y justa celebración de negociaciones, lo que reflejará, de modo ineludible, los efectos que éstas tengan en el mercado.

7. Otro aspecto que se ha tratado en el curso de esta tesis es el relativo a las medidas adoptadas para proteger al contratante débil, de las que hemos tratado de destacar los puntos débiles, ofreciendo soluciones para posibles intervenciones. El legislador ha añadido el control preventivo general a que se refiere el artículo 37 del Código de Consumo al control sucesivo-individual al que se refiere el artículo 36 del Código de Consumo, estableciendo una doble vía de protección. La elección no es de poca importancia, ya que de esta manera se logra una protección integrada y la protección de los intereses ligados a ella. La nulidad de la protección, con las peculiaridades que la caracterizan con respecto a la fórmula tradicional, afecta a la relación contractual única, desequilibrada y ya concluida, mientras que la función inhibitoria tiene una finalidad preventiva y disuasoria frente a aquellas formas de negociación colectiva, nacidas de la evolución de la dinámica del mercado, que tienen el potencial de extenderse a gran escala en esquemas de negociación desleal, que inevitablemente tienen sus propios efectos negativos en todo el mercado. Se trata, por tanto, de una protección que funciona sobre la base de criterios generales y abstractos y que mira hacia el futuro, impidiendo que se celebren contratos individuales injustos. Obviamente, no se puede ignorar que la provisión de la protección inhibitoria presenta puntos críticos. Las cuestiones críticas están relacionadas principalmente con la legitimidad activa de las asociaciones de consumidores, limitada a las inscritas en el registro a que se refiere el art. 137 c. cons., negando así irrazonablemente la legitimidad activa a las asociaciones que no persiguen, como finalidad estatutaria exclusiva, la de proteger los intereses de los consumidores. Otro punto flaco es que el artículo 37 no prevé medidas

coercitivas indirectas. Su ausencia, aunque parcialmente compensada por el efecto del art. 140, párrafo 7, c. cons. con la imposición de una multa por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la tutela judicial, hace que la protección sea menos efectiva, ya que sólo con el cumplimiento voluntario de la medida por parte del profesional, se puede satisfacer efectivamente la demanda presentada por el colectivo. Otro punto crítico está relacionado con la eficacia subjetiva de la medida cautelar, ya que nuestro legislador no proporciona nada al respecto, por lo que la medida cautelar no puede tener efecto sobre los contratos individuales con los consumidores. Puntos críticos que, desde una perspectiva *de iure condendo*, deben ser tomados en consideración, modificando la disciplina para intensificar la protección, extendiendo la legitimidad activa también a aquellas asociaciones en las que la protección de los intereses de los consumidores no es un fin estatutario exclusivo, sino un objetivo que se suma a otros fines como los culturales; permitiendo al consumidor valerse de la inhibitoria frente a la inserción en el contrato por parte del profesional de las cláusulas consideradas abusivas; introduciendo la posibilidad de un remedio de oficio, así como medidas coercitivas indirectas. El sistema de recursos se ha enriquecido aún más, con la disposición del control administrativo de conformidad con el artículo 37 *bis*, al que se atribuye una función disuasoria e informativa, y de la acción colectiva de conformidad con el artículo 140 *bis*, con la función de indemnización y restitución. Se presta especial atención al control administrativo a que se refiere el artículo 37 *bis*, llevado a cabo por la Autoridad de Defensa de la Competencia, que debe comprobar la inclusión ilegal de cláusulas en los contratos celebrados mediante la firma de módulos o formularios, así como mediante la adhesión a las condiciones generales de contratación. Sobre esta cuestión, surgió otro punto crítico para la legislación, relacionado con la necesidad de modular las sanciones administrativas en función del caso concreto. Así se desprende del análisis

de algunas medidas adoptadas por Agcom, entre ellas la de 11 de mayo de 2018, en la que se vió involucrada una conocida empresa de mensajería, WhatsApp Messenger, a la que se impuso una multa de 50.000 euros, por incumplimiento de las órdenes emitidas por la Autoridad, que había constatado previamente la presencia de cláusulas abusivas en las condiciones de uso de esta aplicación. La sanción impuesta, si bien corresponde a los niveles máximos establecidos por el legislador, parece totalmente irrelevante a la vista del volumen de negocios de la empresa. Esta medida nos permite apreciar que la Autoridad está operando con fuerza contundente. Si es cierto que la autoridad administrativa impone sanciones en caso de incumplimiento de sus órdenes, teniendo en cuenta la «relevancia del profesional», también es cierto que no puede superar los límites máximos previstos en el artículo 37 *bis* del Código de consumo italiano. Esto tiene consecuencias significativas, especialmente cuando se trata de operadores que actúan a escala mundial, con millones de usuarios y un gran volumen de negocios. Operadores que, precisamente por su tamaño y los efectos de sus actividades a gran escala, afectan más que otros al buen funcionamiento de la dinámica del mercado, pero que, de hecho, son los menos afectados por el efecto disuasorio de la disposición del artículo 37 *bis*. En tales casos, está claro que las sanciones que puede imponer Agcom son inadecuadas: terminan teniendo un peso insignificante para el profesional, que, por lo tanto, no se verá disuadido por la inclusión en el contrato de las cláusulas examinadas por el Órgano. De ahí la paradoja. La inadecuación de las sanciones hace que el profesional prefiera ser sancionado, en lugar de cumplir con las disposiciones de Agcom que conllevan el riesgo, ciertamente más temido, de un «daño reputacional», cuyo peso económico supera con creces el máximo de 50 mil euros impuesto por la Autoridad. La normativa vigente en materia de control administrativo no prevé actualmente la imposición de multas administrativas al final del procedimiento de comprobación de la

abusividad de las cláusulas contractuales y esto conlleva consecuencias que no se ajustan a la lógica de la legislación, y que en la práctica van a mitigar significativamente la incisividad y eficacia de la protección, así como la función disuasoria de la disposición prevista en el art. 37 *bis* c. cons., con las evidentes implicaciones a nivel macroeconómico. En una perspectiva *de iure condendo*, el legislador no sólo debería endurecer las sanciones en caso de incumplimiento estableciendo límites más altos, sino que, al mismo tiempo, debería prever la inclusión de sanciones administrativas pecuniarias que ayuden al procedimiento para la determinación del abuso llevado a cabo por la Agcom. Sanciones que, por lo tanto, deben aplicarse una vez finalizada la fase de evaluación y no sólo en caso de incumplimiento de las obligaciones de información y comunicación a que se refiere el artículo 37 *bis*, párrafo primero.

Las consideraciones anteriores se derivan de la conciencia de que sólo mediante la provisión de recursos sancionadores incisivos y efectivos se puede lograr una protección verdadera, plena y completa de la parte débil en el contrato.

8. Otro punto de reflexión que surgió en el curso del trabajo es el relativo al papel del principio de transparencia en la valoración de la abusividad. El perfil del equilibrio contractual, entendido como aquella proporción que atribuye a la equidad contractual, que es central para la disciplina en cuestión, no puede sino llevar a una reflexión sobre el principio de transparencia. Se trata de un principio que impregna toda la legislación en materia de consumo, y no es casualidad que se incluya entre los derechos fundamentales del consumidor en el artículo 2 del Código de Consumo y que desempeña un papel primordial en la evaluación de la abusividad de las cláusulas contractuales, dado que la lectura conjunta de los artículos 34 y 35 del Código de Consumo muestra que la infracción de los mismos implica la extensión del control jurisdiccional de las cláusulas relativas al perfil económico del contrato, normalmente excluidas. El

objetivo del legislador es sensibilizar al consumidor sobre las obligaciones derivadas del contrato, lo que significa que los conceptos de «claridad y comprensibilidad» a que se refiere el apartado 1 del artículo 35 del Código de Consumo italiano, que son criterios fundamentales para la evaluación de la transparencia, no pueden entenderse simplemente en términos de «legibilidad» y «conocimiento» de las cláusulas. Una lectura de este tipo sería excesivamente restrictiva y limitaría gravemente la protección que se pretende obtener. Los dos conceptos, que han sido probados, deben, por lo tanto, ser interpretados con un *quid pluris*. Así pues, se ha afirmado que la claridad y la comprensibilidad no se limitan a la mera legibilidad de las cláusulas, sino que se extienden hasta convertirse en un instrumento que permite al consumidor un acceso efectivo al contenido del contrato. En consecuencia, las cláusulas deben redactarse no sólo en caracteres gráficos legibles, sino también con términos que puedan ser comprendidos por las partes sin experiencia. Es probable que el principio en cuestión adquiera diversos significados y que también pueda actuar en términos de equidad y equilibrio del contrato. Esto se debe a que la falta de transparencia puede ocultar la desigualdad en el intercambio y, por lo tanto, las formas de abuso y su defecto pueden ser sintomáticos de la oposición de la cláusula a la buena fe, un parámetro por el que debe evaluarse la pertinencia del desequilibrio. Inevitable es la referencia a la lectura combinada del art. 34 con el art. 35 del Código de Consumo en el que se puede entender la atribución de un papel adicional a la transparencia, que se convierte en un instrumento capaz de reducir la regla de irrelevancia del desequilibrio económico: si las cláusulas relativas al objeto y a la relación precio-prestación, excluidas, en principio del juicio de abusividad, no satisfacen las condiciones de claridad y de comprensibilidad, se someterán a revisión por parte de un órgano jurisdiccional. La transparencia, por lo tanto, se convierte en un factor decisivo para asegurar el control del equilibrio del contrato, abriendo el camino a la verificación de la existencia de una

proporción entre el cumplimiento y la consideración y desempeñando un papel significativo en la valoración de la abusividad. Esto también parece ser decisivo para garantizar el buen funcionamiento del mercado, ya que, si tales cláusulas se redactaran de manera oscura, impediría que el consumidor hiciera la mejor elección, lo que distorsionaría la equidad y la competitividad del mercado. La transparencia se convierte así en una herramienta para prevenir y corregir los fallos del mercado, desenmascarando aquellas cláusulas que podrían alterar sus mecanismos. En el curso del debate se ha señalado que el papel de este principio en la legislación en cuestión es particularmente importante, ya que se convierte en un instrumento mediante el cual se puede lograr una justicia sustantiva eficaz en la relación contractual. En otras palabras, la «transparencia» no sólo es comprensibilidad en la redacción del contrato, no es sólo un vínculo formal, no es sólo información. Este principio tiene y debe tener un significado más amplio, hasta el punto de incluir también el control del contenido del contrato, ya que su defecto puede ocultar la inequidad. De esta manera, se convierte no sólo en un medio para superar la asimetría de información en la que suele encontrarse el consumidor y para garantizar su consentimiento informado, sino también en un medio para reequilibrar las asimetrías de posición, poder de negociación y las obligaciones y derechos derivados de la regulación. Esto se debe a que no debe pasarse por alto que, en vista de la débil posición de una de las partes, ésta, incluso si es informada de la injusticia del contrato, podría firmarlo. En este caso, si es cierto que la transparencia se respeta en su significado de «legibilidad» o «conocibilidad» o «información», se puede comprender fácilmente su violación si se entiende en términos de corrección, equidad e imparcialidad. De ahí la necesidad de leer este principio como un elemento del reglamento de negociación, cuya violación puede dar lugar a un desequilibrio significativo de derechos y obligaciones. Si esto es así, se pone de manifiesto la necesidad de replantearse las formas de control

previstas en la legislación en materia de consumo y desde una perspectiva *de jure condendo*, asignando a la transparencia un papel autónomo en la valoración de la abusividad, con la consiguiente aplicación, en caso de violación del mismo, de las vías de recurso previstas en la legislación de protección. La revalorización en este sentido de los sistemas de control y, por lo tanto, del papel del principio de transparencia, se impone tanto por el hecho de que en los contratos masivos la autonomía privada de la liquidez débil no se logra mediante la negociación, sino sólo mediante su adhesión a la ya predispuesta por la parte fuerte, como por los efectos macroeconómicos de la extensión de los contratos desequilibrados. En particular, dado que la redacción de las cláusulas de manera poco clara e incomprensible impide que el consumidor tenga en cuenta las consecuencias económicas y jurídicas del reglamento y, en consecuencia, que dé su consentimiento con pleno conocimiento de causa, los preceptos de claridad y comprensibilidad se imponen como requisitos cualitativos del propio contrato, convirtiéndose, en caso de incumplimiento, en sintomáticos de la existencia de un desequilibrio en la negociación. Esta interpretación del principio en cuestión es necesaria para garantizar un verdadero equilibrio sustantivo del reglamento. Por lo tanto, está claro que una cláusula no transparente también es injusta en cuanto a su contenido, ya que la transparencia es una función de la equidad. En virtud de esto, su defecto debe considerarse como autónomo y por un indicador de la abusividad de las cláusulas, por otra parte, no sólo con referencia al relativo perfil económico, sino también al reglamentario, con la consiguiente y automática aplicación de los remedios previstos por la legislación de los consumidores en la hipótesis de abusividad, funcional para garantizar, a través de controles penetrantes - que no se detengan sólo en datos formales - el equilibrio del intercambio y una tutela efectiva no sólo de la parte débil, sino de todo el mercado.

Bibliografia

D. ACHILLE e S. CHERTI, *Le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014.

G. AGRIFOGLIO, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e tutela del mercato*, in *Eur. Dir. priv.*, 2005, p. 253.

A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jaros e Asbeek brusse*, in *Jus civile*, VII, 2013, p. 397 ss.

R. ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra corte di giustizia e sezioni unite della corte di cassazione», in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 114 ss.

G. ALPA, *Clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 639 ss.

G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993.

G. ALPA, *I contratti dei consumatori*, in *Il Contratto in generale, II, Trattato dir. priv. Bessone*, Torino, 2000.

G. ALPA, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 1996, p. 46.

G. ALPA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006.

G. ALPA, *L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, relazione svolta nel corso del Seminario pratico di approfondimento e di applicazione della normativa sull'equo compenso, tenutosi a Roma, il 18 aprile 2018 e reperibile in www.consiglionazionaleforense.it.

G. ALPA, *Ancora sulla tutela del consumatore*, in *Contratti*, 2001, p. 206.

G. ALPA e R. DANOVI, *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e il processo civile. Materiali del seminario del 12 luglio 2002*, Milano, 2003.

G. ALPA e M. ANDENAS, *Fondamenti di diritto privato europeo*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2005.

G. ALPA e G. CHINÈ, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, App., vol. XV, Torino, 1997.

G. ALPA, M. BESSONE e C.M. BIANCA, *I contratti Standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1991.

G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 299.

M. ANGELONE, *La nuova frontiera del «public antitrust enforcement»: il controllo amministrativo dell'Agcm avverso le clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 9 s.

M. ANGELONE, *La «degiurisdizionalizzazione» della tutela del consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 723 ss.

M. ANGELONE, *La tutela amministrativa avverso le clausole vessatorie alla luce dell'attività provvedimento condotta dall'Agcm nel triennio 2013-2015*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, pt. 2, p. 525 ss.

R.E. ARENA, *La direttiva comunitaria 93/13 sulle clausole abusive, suo recepimento nell'ordinamento italiano con particolare riferimento alla disciplina dei contratti bancari*, in *Giurisprudenza di merito*, I, 1998, p. 156.

A. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare, Riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 442 ss.

A. ARTOM, *Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, 3, p. 42 ss.

ARROYO MIQUEL RODRÍGUEZ (Coord.), *Comentario a la ley sobre las Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 1999.

M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Eur. Dir. priv.*, 2014, p. 8 ss.

AVILÉS GARCÍA, *Cláusolas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España*, in *RCDI*, 1998.

F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2001, p. 37 ss.

A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura industriale nelle attività produttive*, Napoli, 1998.

A. BARENGHI, *Sub art. 33 e 39 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2008.

A. BARENGHI, *Sub art. 34 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2008.

A. BARENGHI, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, Napoli, 1996.

A. BARENGHI, *Sub art. 37*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo e norme collegate*, 2012, p. 284 s.

A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 143 ss.

E. BATTELLI, *Azione inibitoria e misure correttive contro l'inserimento di clausole inique. Nota a ordinanza Trib. Palermo 20 febbraio 2008*, in *Corr. merito*, 2008, p. 791 ss.

E. BATTELLI, *Clausole inique e tutela inibitoria*, in *Contratti*, 2007, p. 74 ss.

E. BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 42 ss.

E. BATTELLI, *Il controllo amministrativo delle clausole inique*, in *Eur. dir. priv.*, Milano, 2012, p. 1093 s.

A. BELLELLI, *Sub art. 1469 quinquies*, in G. ALPA e S. PATTI, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, 2003.

A. BELLELLI, *La tutela inibitoria*, in *Nuove leggi civili*, 1997, p. 1261 ss.

A. BELLELLI, *La tutela inibitoria come strumento di controllo delle condizioni generali di contratto*, in C.M. BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, II, Milano, 1981.

G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 808.

A.M. BENEDETTI e F. BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, p. 641 ss.

A.M. BENEDETTI e S. PAGLIANTINI (a cura di), *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2013.

A. BERCOVITZ, *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil*, in *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.

R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario al artículo 3: concepto general de consumidor y usuarios*, in R. BERCOVITZ (coord.), *Comentario del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Navarra, 2009, p. 87 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO e SALA HERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 1993.

M. BESSONE e G. FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 222

M. BESSONE, *Inviolabili diritti della persona e statuto costituzionale dei diritti del consumatore*, in *Dir. fam.*, 1986, p. 691 ss.

M. BESSONE, *Interesse collettivo dei consumatori e regolazione giuridica del mercato. I lineamenti di una politica del diritto*, in *Giur. it.*, 1986, IV, c. 296.

M. BESSONE, *Consumerism e tutela dei consumatori. I percorsi obbligati di una politica del diritto*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 615 ss.

C.M. BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, Milano, 1981.

C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, Milano, 2000.

L. BIGLIAZZI GERI, *Art. 1469 bis, comma 1*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 80.

L. BIGLIAZZI GERI, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in E. CESÁRO (a cura di), *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Padova, 1997.

M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. Impr. Europa*, 1996, p. 438 ss.

G. BISCONTINI, *Contratti agroindustriali ed art. 62 D.L. n. 1 del 2012: luci ed ombre*, in www.comparazionedirittocivile.it.

F. BOCCHINI, *Tutela del consumatore e mercato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 779.

C. BOITI, *Alcune riflessioni sul contenuto economico del contratto*, in *Corti umbre*, 1/2016, p. 3

M.J. BONELL, *I Principi Unidroit – un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 2, 1, p. 231 ss.

M.J. BONELL e E. FINAZZI AGRÒ, *Rassegna giurisprudenziale sui Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 2, p. 413 ss.

V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 26.

T. BOURGOIGNIE, *Fonements, aquis et instruments du droit communautaire de la consommation*, Relazione in *Cours d'été en droit communautaire de la consommation*, Louvain-Lá-Neuve, 1991.

H.E. BRANDNER e P. ULMER, *The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission*, in *Common Market Review*, 1991, p. 652 s.

V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 39 ss.

F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 766.

F.D. BUSNELLI e U. MORELLO, *La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. Notariato*, 1995, p. 379.

R. CALVO, *Tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, in *Riv. Trim.*, 2004, p. 871

E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti con i consumatori*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002.

E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003.

E. CAPOBIANCO, *La protezione del consumatore tra obiettivi di razionalizzazione normativa e costruzione del sistema nell'esperienza del codice del consumo*, in *Vita not.*, 2008.

E. CAPOBIANCO, *Sub art. 1*, in E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009.

E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica. Oltre la fornitura*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, p. 635 ss.

E. CAPOBIANCO, *Sub art. 33 c. cons.*, in E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009.

E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazione del contratto*, Napoli, 2003.

E. CAPOBIANCO, *Sub art. 34 c. cons.*, in E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009.

E. CAPOBIANCO, *Sub art. 37 c. cons.*, in E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI, *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009.

E. CAPOBIANCO, *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e princípi*, in *Albo nazionale costruttori*, 2015, p. 68 s.

E. CAPOBIANCO, *Proporzionalità e giustizia del caso concreto*, in AA. VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale nel decennio 2006-2016, Atti del 12° Convegno nazionale 11-12-13 maggio 2017*, Napoli, 2018.

V. CARBONE, *La difficile attuazione della direttiva comunitaria 93/13 Cee*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 250 ss.

F. CARINGELLA e G. DE MARZO, *I contratti dei consumatori*, Torino, 2007.

C. CARLI, *L'abuso di potere negoziale nella Grande Distribuzione Organizzata. Un paradigma a geometria variabile*, in *Mercato concorrenza regole*, 2016, fasc. 1, p. 181 ss.

A. CARRASCO PERERA, *El derecho de consumo en España: presente y futuro*, Madrid, 2002.

F. CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001.

E. CATERINI, *La terza fase del diritto dei consumi*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA e V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi realtà e prospettive*, Napoli, 2008.

A. CATAUDELLA, *Note in margine alla direttiva comunitaria sulle «clausole abusive»*, in *Rass. giur. En. El.*, 1994, p. 571 ss.

A. CATRICALÀ e A. LALLI, *L'antitrust in Italia. Il nuovo ordinamento*, Milano, 2010.

E. CESÀRO, *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, Padova, 1997.

G. CHINÈ, *Il consumatore*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997.

G. CHINÉ, *Il consumatore*, in N. LIPARI (a cura di), *Tratt. dir. priv. eur.*, Padova, 2003, p. 444.

G. CHINÉ, *Sub art. 3*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, III ed., Milano, 2012.

G. CHINÉ, *La nozione di consumatore nel diritto vivente*, in G. ALPA e G. CAPILLI (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007

G. CHINÉ, *Sub art. 3 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, Milano, 2008.

P. CHIRICO, *Sub art. 1469 quinquies, comma 1*, in E. CESÁREO, *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 1996.

G. CIAN, *Il nuovo capo XVI bis (Titolo II, Libro IV) del Codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium Iuris*, 1996, p. 411 ss.

G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparative*, Torino, 2004.

R. CONTI, *Lo status di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione*, in *Corr. giur.*, 2001, IV, p. 533.

R. CONTI, *Codice del consumo. Una pagina nuova nella tutela consumeristica. Prime riflessioni sulla tutela in materia di clausole abusive*, in *Corriere Giur.*, 2005, p. 1755 ss.

U. COREA, *Sulla nozione di "consumatore": il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 13 ss.

M. COSTANZA, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. civ.*, 1994, p. 343 ss.

L. CRUCIANI, *Clausole abusive e tutela (solo procedurale?) del consumatore: Le ultimissime della Corte di Giustizia*, in *Rivista critica del diritto privato*, IV, 2009, p. 658 ss.

L. DANIELE, *Direttive per la tutela del consumatore e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in *Dir. un. Eu.*, 2011, p. 68 ss.

F. DANOVI, *L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie*, in *Rass. dir. priv.*, 1996, p. 1058.

L. D'ACUNTO, *L'ente non profit tra «professionista» e «consumatore»*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Torino, 2003.

A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore: nullità parziale necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, I, 2013, p. 16 ss.

G. D'ALFONSO, *Sub art. 140 bis*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013.

G. D'AMICO, *La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita*, in L. MEZZASOMA, V. RIZZO e E. LLAMAS POMBO (a cura di), *La compravendita: realtà e prospettive*, Napoli, 2015, p. 69 ss.

G. D'AMICO, *Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà (Variazioni sul tema dell'armonizzazione minima)*, in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018.

G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni generali e finali del codice del consumo: profili problematici*, in *Contr. imp. Europa*, 2006, p. 43 ss.

G. DE CRISTOFARO, *Il "Codice del consumo": un'occasione perduta?*, in *Studium juris*, 2005, p. 1142.

G. DE NOVA, *Clausole vessatorie. Art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, Milano, 1996.

G. DE NOVA, *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole standard abusive. Il commento*, in *Contratti*, 1993, p. 356 ss.

G. DE NOVA, *Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive*, in *Contratti*, 1994, p. 693 ss.

M. DE POLI, *Libero mercato e controllo legale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 795.

L. DELLI PRISCOLI, *La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 1533 ss.

S. DÍAZ ALABART, *Introducción: la contratación con consumidores*, in S. DÍAZ ALABART (a cura di), *Manual de derecho de consumo*, Madrid, 2016.

L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, V ed., Vol. 1, Madrid, 1996.

F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998.

F. DI MARZIO, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore. Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 534.

F. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 723.

F. DI MARZIO, *Ancora sulla nozione di «consumatore» nei contratti*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 688 ss.

F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impresa*, 2006, p. 686.

E. DI MEO e R. PELEGGI, *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali (2004), Principi di diritto europeo dei contratti e (Progetto di un) quadro comune di riferimento: una tavola sinottica*, in *Dir. comm. int.*, 2009, p. 207 ss.

M. DONA, *Consumatori oggi tra liberalizzazioni e class-action*, *Atti del Premio Vincenzo Dona 2007*, Milano, 2008.

R. DONZELLI, *Sub art. 140 bis*, in G. De Cristofaro e A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013.

DUQUE DOMÍNGUEZ, *Consideraciones introductorias sobre la directiva comunitaria apra regualr las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la contratación bancaria*, in *Estudio de derecho bancario y Bursátil en homenaje a Verdera, I*, Madrid, 1994.

C. ESTEVAN DE QUESADA, *La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica*, in *Rev. De derecho mercantil*, 2005, p. 1079 ss.

P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006

P. FABBIO, *Osservazioni sull'ambito di applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 902 ss.

A. FACHECHI, *Azione inhibitoria collettiva ed efficacia «ultra partes» del giudizio di vessatorietà. Nota a CGUE sez. I 26 aprile 2012 (causa C-472/10)*, in *Il giusto processo civile*, 2014, p. 785 ss.

M. FACCIOLI, *Sub art. 33 c. cons.*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, p. 264.

M.G. FANELLI, *La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla direttiva in materia di clausole abusive*, in *Contratto e Impresa/Europa*, II, 2012, p. 967.

M. FARNETI, *Sub art. 37bis*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori (codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, p. 432.

E. FAZIO, *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 153 ss.

A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico nel diritto privato*, Torino, 1943.

E. FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 541 ss.

S. FORASASSI, *Sub art. 140 bis*, in G. ALPA e V. MARICONDA, *Codice dei contratti commentato*, Vicenza, 2017.

E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1152 ss.

E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1169; ID., *Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato: i contraenti*, in *Giust. civ.*, 2005, p. 190 ss.

E. GABRIELLI e A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, Torino, 2000.

E. GABRIELLI e A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Dig. Disc. publ.*, 2000, Aggiornamento, p. 229.

G. GAGGERO, *Trasparenza delle informazioni contrattuali*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 1995.

F. GARATTI, *Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore*, in *Danno resp.*, 2009, p. 944 ss

R. GARCÍA MARTÍNEZ, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la ley Española de la defensa de la competencia*, in *Rev. Del poder judicial*, n. 64, 2001, p. 310 ss.

L. GATT, *Art. 1469-bis, comma 2*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 837.

L. GATT, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista. Commentario al Capo XIV bis del Codice*

civile: dei contratti del consumatore, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 825

L. GATT, *Art. 1469-bis, comma 2°*, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, L. BIGLIAZZI GERI, F. BOCCHINI, M. COSTANZA, G. IUDICA, M. NUZZO, V. RIZZO, M. SESTA E G. VETTORI (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997

F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2006.

A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954.

A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1488.

A. GERMANÒ, *Sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari*, in *Dir. giur. agr.*, 2012, p. 379 ss.

A. GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo. Immaginando i vizi del XXI secolo*, Milano, 2008.

G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contratto Impresa*, 1999, p. 1332 ss.

E. GRAZIUSO, *L'art. 25 della legge comunitaria 21 dicembre 1999, n. 526 ed i retroscena di una riforma incompleta*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2000, p. 275 ss.

E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2010.

E. GRAZIUSO, *Sub art. 36 c. cons.*, V. ITALIA (a cura di), *Codice del consumo, commento al d. lg. 6 settembre 2005, n. 2005, n. 206*, Milano, 2006.

E. GRAZIUSO, *Il giudizio di vessatorietà nei contratti dei consumatori e la legittimazione passiva delle associazioni dei professionisti. Nota a Cass. Sez. I, 21 maggio 2008, n. 13051*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2475 ss.

GRAF VON WESTPHALEN, *AGB-Rechtlinie und AGB-Gesetz*, in *Europ. Wirtschafts-Steuerrecht*, 1993, p. 164 s.

HABERSACK-KLEINDIEK-WIEDENMANN, *Die EG-Rechtlinie uer missbrauchliche Klausen in Verbraucherverträgend und das kunftige AGB-Gesetz*, in *Zeitschrif. Wirtschaftsrecht*, 1993, p. 1674.

G. IUDICA, *Le Commissioni arbitrali e conciliative e le relative procedure*, in G. F. FERRARI (a cura di), *Le Camere di Commercio e le innovazioni normative di cui alla l. 580/1993: Atti del Convegno, Milano 29 settembre 1995*, Milano, 1997.

G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 159.

M. LIBERTINI, *Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie (art. 1469-sexies c.c.)*, in *Contr. impr. eur.*, 1996, p. 555 ss.

M. LIBERTINI, *L'azione inibitoria collettiva in materia di clausole vessatorie*, in *Contr. imp. eur.*, 1997, p. 23.

N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia privata (Spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p.733 ss.

E. LLAMAS POMBO, *La compraventa*, Madrid, 2014.

E. LLAMAS POMBO, *Ordinamento spagnolo e clausole vessatorie*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO, *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, 2014.

E. LLAMAS POMBO, Sub art. 10 bis, in Id. (coord.), *Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, 2005.

E. LLAMAS POMBO, *La nulidad de las cláusulas suelo*, in *Ars Iuris Salamanticensis*, n. 1, 2013, p. 1-17.

F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione «a valle»*, Napoli, 2009.

D. LONGHI, *Le Camere di Commercio quali authority fra consumo e produzione*, in AA. VV., *Le Camere di Commercio fra consumatore ed imprenditore: Atti del Convegno, Verona, 11 novembre 1995*, Verona, 1996.

F. LUCCHESI, *Commento sub art. 33, comma 1 e 2, c. cons.*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo- Commentario*, Padova, 2007.

F. LUCCHESI, *Commento sub art. 37 cod. cons.*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del Consumo – Commentario*, Padova, 2007.

F. MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002.

F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 683 ss.

F. MACARIO, *Autorità Indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, II, 2003, p. 295.

U. MAJELLO, *Problematiche in tema di trasparenza*, in M. RISPOLI FARINA (a cura di), *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia*, Napoli, 1995.

V. MARICONDA, *Sub art. 1341 c.c.*, in G. ALPA e V. MARICONDA (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, Milano, 2017.

S.T. MASUCCI, *Commento sub art.1469 quater*, in BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina della clausole vessatorie nel codice civile*, Jovene, 1996.

N. MATO PACÍN, *El contrato de servicios bancarios: las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario*, in *Jus Civile on line*, 2017, p. 244 ss.

M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003.

M.R. MAUGERI, *Il controllo delle clausole abusive nei contratti fra imprese: dal modello delineato nei §§ 305 ss. del BGB a quello della CESL*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 109 s.

M. MAURO, *Contratti della filiera agroalimentare: squilibrio ed effettività dei rimedi*, in *Persona e mercato*, 2016, fasc. 1, p. 18 ss.

S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 53 s.

S. MAZZAMUTO, *Il contratto d diritto europeo*, Torino, 2012, p. 184 ss.

F. MAZZASETTE, *Il codice del consumo tra diritto interno e diritto europeo*, Napoli, 2012.

C.M. MAZZONI, *Contro una falsa categoria: i consumatori*, in *Giur. comm.*, 1976, I, c. 624 s.

V. MELE, *La nullità di protezione*, in F. Tommasini (a cura di), *Contratti e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, p. 81 ss.

D. MEMMO, *Art. 3*, in *Codice ipertestuale del consumo*, diretto da M. FRANZONI, Torino, 2008.

L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano, 1998.

P. MENGOZZI, *Il ribadimento di un approccio ispirato ad un principio personalistico nella giurisprudenza comunitaria relativa alla protezione dei consumatori*, in *Studi sull'integrazione europea*, I, 2009, p. 209.

S. MEUCCI, *Commento sub art. 34 Cod. Cons.*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del Consumo - Commentario*, Padova, 2007, p. 337.

S. MEZZACAPO, *Illiceità delle clausole «abusive» (tra presidi di «giustizia negoziale» e tutela amministrativa del «mercato»)*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013.

L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHERTI, *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014.

L. MEZZASOMA, *La protección del consumidor y del usuario en el ordinamiento italiano (la noción de consumidor y usuario)*, in *Práctica Derecho de daños*, La Ley, num. 116/2013, p. 8 ss.

L. MEZZASOMA, *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 1/2015, p. 311 ss.

L. MEZZASOMA, *La tutela del sovraindebitato quale contraente debole*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA e S. POLIDORI, *Scritti in onore di Vito Rizzo, persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Napoli, 2017.

L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *L'art. 140 bis del codice del consumo: l'azione di classe*, Napoli, 2011.

L. MEZZASOMA, *Meritevolezza e trasparenza nei mercati finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 180 ss.

L. MEZZASOMA, *Meritevolezza e trasparenza con riferimento alla distribuzione di prodotti assicurativi*, in L. MEZZASOMA, A. BELLUCCI, A. CANDIAN, P. CORRIAS, S. LANDINI e E. LLAMAS POMBO (a cura di), *La Banca-assicurazione*, Napoli, 2017.

E. MINERVINI, *Commento sub art. 140 bis del Codice del Consumo*, in E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, *Le modifiche al Codice del Consumo*, Torino, 2009.

E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999.

E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997.

E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2006.

E. MINERVINI, *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in E. GABRIELLI e E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, 2005.

E. MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contratto e Impresa*, 2006, p. 653.

E. MINERVINI, *Azione inhibitoria e contratti dei consumatori*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2013.

E. MINERVINI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2012, p. 563 s.

E. MINERVINI, *Nuove prospettive della funzione sanzionatoria delle autorità indipendenti*, in *Concorrenza merc.*, 2013, p. 16 ss.

G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, IV, t, 2, Torino, 1980.

A. MIRONE, *Verso la despecializzazione dell'Autorità antitrust. Prime riflessioni sul controllo delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 37 bis cod. cons.*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Annali AIDA*, Milano, 2013.

S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (note a margine dell'art. 1469 quinquies, commi 1 e 3, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 568 ss.

U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996, p. 287 ss.

C.M. NANNA, *Etero integrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010.

A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 95 ss.

M. NUZZO, *Note sulla conversione dei negozi giuridici*, in *Giustizia civile*, VII, 1982, p. 1896 ss.

M. NUZZO, *Art. 1469 quinquies*, in *Nuove Leggi Civili*, 1997, p. 1221.

F.J. ORDUÑA MORENO, C. SÁNCHEZ MARTÍN e R. GUILLÉN CATALÁN, *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Valencia, 2016.

A. ORESTANO, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole*, in *Eur. dir. priv.*, 2000.

A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: contratti del consumatore e condizioni generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1996, p. 501.

S. ORLANDO, *Sub art. 1341*, in G. BONILINI e M. CONFORTINI, *Codice civile commentato*, Milano, 2012.

J. PAGADOR LÓPEZ, *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid-Barcellona, 1998.

S. PAGLIANTINI, *Il "pasticcio" dell'art. 62, l. 221/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo o responsabilità contrattuale da contratto sconveniente?*, in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2^a ed., 2015.

S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. Dir. Annali*, V, Milano, 2012, p. 1303 ss.

S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, II, 2010, p. 443 ss.

S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, IV, 2013, p. 406 ss.

A. PALAZZO e A. SASSI, *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007.

G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER e G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, Milano, 1939.

V. PANDOLFINI, *La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie*, in *Corriere giuridico*, 2012, p. 47 ss.

R. PARDOLESI, *Distribuzione (contratti di)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. Comm., V, Torino, 1990, p. 74 ss.

S. PATTI, *Le clausole abusive e l'«optional instrument» nel percorso di armonizzazione in Europa*, in *Contr. impr. Eur.*, 2011, p. 686 ss.

M. PENNASILICO, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 702 ss.

M. PENNASILICO, *La regola ermeneutica di conservazione nei «Principi di diritto europeo dei contratti»*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 268 ss.

M. PENNASILICO, *Controllo e conservazione degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 119 ss.

M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2004.

M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 428 ss.

M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 744 ss.

M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Camerino-Napoli, 2011.

P. PERLINGIERI, *Forme dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.

P. PERLINGIERI, *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989.

P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Riv. Giur. Molise e Sannio*, 1995, p. 99.

P. PERLINGIERI, *La tutela del «contraente debole» nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 319.

P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 2002.

P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003.

P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e Costituzione europea*, in G. VETTORI, *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova, 2005.

P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, p. 330.

P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e diritto dei mercati*, in *Rass. dir. priv.*, 2011, p. 879.

P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 244.

P. PERLINGIERI, *Relazioni di sintesi*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Atti del convegno di studi di San Marino 17-18 novembre 2000, Napoli, 2002.

P. PERLINGIERI, *La tutela del «contraente debole» nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003.

P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002.

P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Camerino-Napoli, 1971.

P. PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina del c.d. condizioni generali di contratto*, in *Atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell' Università di Catania 17-18 maggio 1969*, Milano, 1970.

P. PERLINGIERI, *La tutela del contraente debole*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2011, p. 101.

P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004.

P. PERLINGIERI, *Conclusione dei lavori*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014.

F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Valencia, 2017.

F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario*, in *InDret* 3/2013.

L.M. PETRONE, *Il consumatore "dimezzato": gli acquisti con finalità miste*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 88 ss.

V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 405.

- E. PODDIGHE, *I contratti con i consumatori*, Milano, 2000.
- S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rassegna dir. civ.*, 2003, p. 934.
- S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001.
- S. POLIDORI, *Nullità relativa e limiti di disponibilità mediante convalida della tutela apprestata in favore del consumatore dal codice di settore*, Napoli, 2008.
- S. POLIDORI, *Invalidità negoziale e diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del 4° Convegno nazionale S.i.s.d.i.c., Capri, 16-17-18 aprile 2009, Napoli, 2010.
- F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 679.
- P.M. PUTTI, *Sub artt. 6-7 (Nullità di clausole e proprietà)*, in G. ALPA e G. CLARIZIA (a cura di), *La subfornitura*, Milano, 1999.
- R. QUADRI, «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. impr.*, 2001, p. 1183.
- A. QUERCI, *Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 446 s.

M. J. REYES LOPEZ, *Comentario a la Ley de mejora de la protection de los consumidores*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA E V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi realtà e prospettive*, Napoli 2008, p. 567 ss.

A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 297 ss.

V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e «funzionalizzazione» del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1611.

F. RIZZO, *Riflessioni sulla forma del negozio*, in *Scritti di diritto civile*, Napoli, 2008.

V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Camerino- Napoli, 1983.

V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985.

V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994.

V. RIZZO, *Le clausole abusive e la proposta di attuazione della direttiva comunitaria: alcuni considerazioni*, in C.M. BIANCA e G. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova, 1996.

V. RIZZO, *Il significativo squilibrio «malgrado» la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469 bis c.c.: un collegamento «ambiguo» da chiarire*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 497 ss.

V. RIZZO, *Sub art. 1469-quarter. Forma e interpretazione*, in AA. VV. (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999.

V. RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore (la novella al Codice civile)*, Napoli, 2002.

V. RIZZO, *La disciplina del codice civile sulle condizioni generali di contratto e la tutela dell'aderente-consumatore: sua insufficienza*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2004.

V. RIZZO, *Commento sub art. 33, comma 1, cod. cons.*, in E. CESÀRO (a cura di), *I contratti del consumatore – Commentario al Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, 2007.

V. RIZZO, *Prefazione*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO, *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014.

V. RIZZO, *Itinerario e nuove vicende della trasparenza (con particolare riguardo ai contratti del consumatore)*, *Corti umbre*, 1/2016, p. 86 ss.

V. RIZZO, *Il significativo squilibrio «malgrado» la buona fede nei contratti del consumatore*, in G. ALPA e M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale, I, Giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999, p. 505 ss.

V. RIZZO, *Le clausole «abusive»: realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 588 s.

V. RIZZO, *La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, p. 46.

V. RIZZO. *Principio di trasparenza e tutela del «contraente debole» (con particolare riguardo al settore assicurativo – e finanziario –)*, in L. MEZZASOMA, A. BELLUCCI, A. CANDIAN, P. CORRIAS, S. LANDINI e E. LLAMAS POMBO (a cura di), *La Banca-assicurazione*, Napoli, 2017.

N. ROCCO DI TORREPADULA, *Sulla nozione di consumatore*, in *Contratti*, 2007, p. 1072.

S. RODOTÀ, *Il controllo sulle condizioni generali di contratto*, in G. AMATO, S. CASSESE e S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972.

F. ROMEO, *Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 446.

V. ROPPO, *Protezione del consumatore e teoria della prassi*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 701 ss.

V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 65.

V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive (“vessatorie”) nei contratti fra professionisti e consumatori: art. 1469 bis e segg. c.c.*, in *Dir. priv.*, II, 1996, p. 137.

V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.

V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011.

L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 492 s.

L. ROSSI CARLEO, *Clausole vessatorie e tipologie di controllo*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA e S. POLIDORI, *Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Napoli, 2017.

L. ROSSI CARLEO, *Il doppio binario di tutela: public enforcement e private enforcement*, in L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, Torino, 2015, p. 221 ss.

U. RUFFOLO, *Le clausole vessatorie, abusive, inique e la ricodificazione degli artt. 1469 bis-1469 sexies cc.*, in ID. (a cura di), *Clausole vessatorie e abusive*, Milano, 1997.

U. RUFFOLO, *Clausole «vessatorie» e «abusive». Gli artt. 1469 bis e seguenti del codice civile e contratti col consumatore*, Milano, 1997, p. 37.

T. RUMI, *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, in *Contratti*, 2012, p. 638 ss.

V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 209.

V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 507 ss.

L.A. SCARANO, *Commento sub art. 1469 ter, comma 4*, in G. ALPA e S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori – Commentario agli artt. 1469 bis-1469s exies del codice civile*, Milano, 2003.

C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. com.*, 1997, I, p. 955.

G. SIMEONE, *Sub art. 33*, in G. ALPA e V. MARICONDA (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, Milano, 2017, p. 2462 ss.

P. SIRENA, *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 281.

A. SPADAFORA, *Il demiurgo del contratto alla ricerca del «giusto processo»*, in *Giustizia civile*, I, 2011, p. 1113 ss.

M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, “terzo contratto” e tecnica legislativa*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 91 ss.

R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, 4, p. 1 ss.

S. TROIANO, *Sub art. 33*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del Consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013.

S. TROIANO, *Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*, in G. ALPA e S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Milano, 2003, p. 60 ss.

S. TROIANO, *Sub art 1469-bis, 1° comma*, in M. BIANCA e D. BUSNELLI, *Commentario al capo XIV bis del codice civile. Dei contratti del consumatore. Art 1469 bis-1469 quinquies*, Padova, 1999.

G. TROVATORE, *La definizione atipica delle «clausole abusive» tra controllo giudiziale e trattativa individuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 959 ss.

UBALDO NIETO CAROL (Dir.), *Credito y protección del consumidor*, Madrid, 1996.

L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 177.

C. VERARDI, *L'accesso alla giustizia e la tutela collettiva dei consumatori*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'unione europea*, Milano, 2000.

G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 86 ss.

A. VIGLIANISI FERRARO, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, in *Contratti*, X, 2010, p. 880 ss.

F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.

A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 537 ss.