



Contratti del consumatore e clausole abusive: significativo squilibrio e dovere di trasparenza nell'interpretazione della giurisprudenza*



Maria Annunziata Astone

Prof. ord. dell'Università di Messina

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Clausole abusive e giustizia contrattuale: una premessa. – 3. Abusività del comportamento e criteri di valutazione. – 4. Accertamento della vessatorietà e squilibrio rilevante. – 5. Segue: Giudizio di vessatorietà, trasparenza e reciprocità. – 6. Conclusioni: la prospettiva rimediabile.

1. Premessa

Il tema della trasparenza delle clausole abusive, malgrado i trent'anni dalla direttiva, conserva la sua attualità nello scenario attuale, caratterizzato dall'affermazione del mercato digitale¹ e di nuovi soggetti in grado di incidere sul sistema contrattuale tradizionale. Il dibattito si è rin vigorito dopo l'introduzione dell'art. 37-bis del codice consumo che ha riconosciuto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di accertare la vessatorietà delle clausole, inserite nei contratti conclusi mediante formulari o adesione

* Il presente contributo è il testo della relazione al Convegno, svoltosi il 22 novembre 2023 a Roma dal titolo Diritto civile e tutela del mercato, su iniziativa di AGCM e Associazione civilisti italiani.

¹ Sul punto cfr. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica. Diritto e tecnica. (in dialogo con E. Severino e L. Mengoni)*, in *Lo Stato*, 2016, 35 ss.; RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, XLI s.; ALPA, *Prefazione*, in RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale, il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, XVII; TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie digitali*, Milano, 2021, 8 ss.; MICKLITZ, *Il fascino del diritto privato europeo*, in *Contr. e impr. Europa*, 2021, 116; MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, 7 ss.

tra le parti – rispettivamente il consumatore e un professionista – lasciando fuori da tale competenza quelle inserite dal professionista in singole operazioni contrattuali².

L'analisi dell'assetto normativo vigente in materia e l'applicazione che ne è stata fatta non possono prescindere da brevi riflessioni sullo stato dell'arte intorno, principalmente, a tre aspetti riguardanti le ragioni della disciplina delle clausole abusive nei contratti del consumatore, la natura e il significato dello squilibrio, la determinazione dei criteri o parametri di valutazione dell'iniquità.

2. Clausole abusive e giustizia contrattuale: una premessa

Partendo dal primo aspetto è, ormai, dato acquisito, nell'elaborazione scientifica, che la disciplina delle clausole abusive nei contratti del consumatore nasce per l'esigenza di realizzare uno degli obiettivi per cui l'Unione europea ha avuto origine, ovvero la creazione del mercato comune e la conseguente tutela del consumatore³, quale acquirente di beni e servizi. Ne è derivata la necessità, fortemente avvertita dal legislatore europeo, di dettare sin da subito – ed è significativo che ciò sia avvenuto proprio con una direttiva a carattere orizzontale – un insieme di regole finalizzate a realizzare all'interno del rapporto contrattuale una situazione di parità sostanziale tra i contraenti⁴. È questa l'idea del contratto giusto di cui si fa carico il legislatore europeo⁵. Malgrado le intenzioni, l'istanza di giustizia, sottesa alla normativa, non è stata pienamente soddisfatta, ragione per la quale, al fine di dare ad essa piena attuazione, si richiede un costante sforzo interpretativo della dottrina e della giurisprudenza.

Ma il vero problema è quello di comprendere quando un contratto è giusto. Pur non volendo entrare nel merito del dibattito sulle diverse forme di giustizia⁶, di cui si parla in ambito contrattuale, – il riferimento è alle ipotesi della giustizia procedurale⁷ e di quella sostanziale – va condivisa la tesi di chi ritiene opportuno fare riferimento nell'ambito dei contratti del consumatore alla giustizia sostanziale⁸, come è dimostrato dal fatto che

² DE CRISTOFARO, *Vessatorietà e trasparenza delle clausole dei contratti B-To-C e procedimenti amministrativi di competenza dell'AGCM. Il novellato art. 37-bis C.cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 517 ss.; BATTELLI, *L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 207 ss.

³ CUFFARO, *Un codice "consumato" (codice del consumo, credito ai consumatori e codice del turismo)*, in *Corr. Giur.*, 2011, 9, 1189 ss.

⁴ Su tali aspetti ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, IV ed., Torino, 2019, 383 ss.

⁵ ROPPO, *Il contratto del duemila*, II ed., Torino, 2005, 87 ss.

⁶ Su tale dibattito cfr. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 41 ss.; VETTORI, *Rodolfo Sacco e la civilistica del XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 544 ss.; NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1290 s.; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale, Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 224 ss.

⁷ Sulla giustizia procedurale cfr. RICCI, *Giustizia procedurale e processo giusto*, in *Il Processo*, 2023, spec. 408 ss.

⁸ SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile*, Milano, 2005, 676 ss.

il legislatore europeo non si occupa del procedimento di formazione del contratto, piuttosto del regolamento contrattuale. La stessa esigenza di giustizia si amplifica quando il contratto è unilateralmente predisposto dal professionista: la tutela del consumatore, in questi casi, diventa necessaria per evitare i rischi di un fallimento del mercato⁹. Per tale ragione, si è avuta l'adozione di una strategia diretta a predisporre regole e principi riguardanti il regolamento, per garantire un corretto svolgimento della dinamica contrattuale e tutelare gli interessi delle parti, mediante forme di controllo sull'atto di autonomia privata. Per quanto ai contraenti è riservata la libertà di scegliere le modalità di realizzazione dei propri interessi, è noto che l'esercizio dell'autonomia privata non può essere libero. Per effetto degli artt. 2 e 41 della Costituzione nonché dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali, che hanno fortemente inciso sull'interpretazione dell'art. 1322 c.c., l'autonomia deve conformarsi ai principi della solidarietà¹⁰, dell'utilità sociale nonché della dignità umana¹¹ ma, anche, al principio dell'elevato livello di protezione del consumatore, a cui fa riferimento l'art. 38 della stessa Carta. In tale contesto matura, quindi, l'idea particolarmente rilevante secondo cui il diritto europeo reclama un'autonomia contrattuale efficiente¹², che deve farsi carico non solo degli interessi economici sottesi al contratto ma, anche, dei diritti umani fondamentali che devono essere salvaguardati e che hanno fatto parlare di un consumatore costituzionalizzato¹³. Tale linea interpretativa trova fondamento e conferma in diverse decisioni della Corte di Giustizia Europea¹⁴, che

⁹ LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici del potere di controllo*, in *Diritto pubblico*, 2021, 893 ss; SIRENA, *Autonomia privata e regolazione del mercato nella disciplina dei contratti d'impresa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, 509 ss., per il quale "la disciplina del contratto dettata dall'Unione europea è principalmente orientata a disciplinare il rapporto tra le parti contraenti al fine di prevenire o neutralizzare i rischi di un fallimento del mercato che possano pregiudicare l'interesse generale"; BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 338 ss.; MAUGERI-ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 9 ss.

¹⁰ SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. Giur.*, 2020, 7 ss.

¹¹ Sul ruolo della dignità umana nell'ambito degli atti di autonomia privata SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 77 ss., per il quale va sempre garantita la "diretta precettività e immediata operatività dei diritti fondamentali della persona".

¹² SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, e, ora, in *Categorie e Istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 58 ss., al quale si deve l'individuazione delle varie fasi dell'autonomia privata, da autonomia vincolata ad autonomia conformata, a seguito dell'emergere dei valori costituzionali, sino all'autonomia c.d. efficiente, quale risultato del recente diritto europeo dei contratti. ID., *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il diritto europeo fra parte generale e norme di settore*, Atti del Convegno di Pisa 25-26 Maggio 2007, e in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 378 ss.

¹³ MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 859 ss.

¹⁴ BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 296 ss.

si sono occupate del rapporto tra libertà economiche e tutela della dignità umana e dei diritti fondamentali¹⁵. Anche una recente sentenza delle S.U. della Corte di Cassazione¹⁶, nell'affermare il ruolo centrale, riservato al consumatore nella determinazione delle politiche comunitarie, evidenzia la necessità di “garantirne un elevato livello di protezione che va oltre gli interessi strettamente economici per estendersi alla salute e alla sicurezza (art. 169 TFUE), in un’ottica riconducibile, secondo la Carta di Nizza al principio di solidarietà (art. 38 CDFUE)”.

3. Abusività del comportamento e criteri di valutazione

L’art. 33 cod. cons. richiede, ai fini della dichiarazione di vessatorietà della clausola, come è noto, l’esistenza di un comportamento contrario a buona fede, e l’accertamento del significativo squilibrio in danno del consumatore, a parte l’assenza di trattativa individuale. Buona fede e correttezza¹⁷ sono criteri di valutazione dell’abusività del comportamento del professionista che operano sul piano del fatto; conseguentemente, la violazione della buona fede¹⁸, per quanto costituisce causa dell’abuso della libertà contrattuale, non è di per sé necessaria o sufficiente a giustificare l’applicazione dei rimedi contro le clausole vessatorie, costituendo essa il “presupposto per l’esame del carattere abusivo”. Per questa ragione, merita di essere evidenziata la posizione della CGE¹⁹, assunta con riferimento a una questione relativa a un contratto di credito contenente una clausola vessatoria, per la quale il giudice del rinvio ha chiesto alla CGE se l’art. 3 della direttiva consente un uso alternativo (in attuazione degli artt. 8 e 8-bis) dei due requisiti buona fede e significativo squilibrio²⁰, come previsto nell’ordinamento giuridico sloveno,

¹⁵ DENOZZA, *Prima della tempesta. Equilibrio, mercato e potere privato in uno degli ultimi saggi di Tullio Ascarelli*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2022, 43 ss. Sul rapporto tra sovranità del mercato e diritti fondamentali della persona si sofferma BARCELLONA, *L’interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 329, e 344 ss.

¹⁶ Il riferimento è a Cass. Sez. Un. 6 aprile 2023, n. 9479.

¹⁷ BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 205 ss.; NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974, 39 ss.; CASTRONOVO, *Un contratto per l’Europa. Prefazione a I Principi di Diritto europeo dei contratti*, ed. italiana, Milano, 2001, XIII ss.; D’AMICO, *Buona fede in contrahendo*, in SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile*, Milano, 2004, 1051; ALPA, *Il contratto del terzo millennio: intervento conclusivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1159-1160.

¹⁸ NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Milano, 2021, 53 ss.; ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell’equità*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele, prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 235 ss.

¹⁹ Si tratta di CGE 13 ottobre 2022, causa C-405/21, Fv/Nova Kreditna Banka Maribor D.D.

²⁰ In particolare (punto 17) il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l’articolo 3, paragrafo 1, e l’articolo 8 della direttiva 93/13 debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che consente di dichiarare abusiva una clausola contrattuale che determini, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contrat-

e, soprattutto, se il giudice possa pronunciare la vessatorietà senza accertare la violazione della buona fede. La Corte europea ha riconosciuto che l'accertamento del significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto può prescindere "dall'esame, in una tale ipotesi, dalla sussistenza del requisito della «buona fede» ai sensi di tale articolo 3, paragrafo 1", considerato che tale requisito (della «buona fede») serve a verificare se il professionista abbia trattato in modo leale ed equo con il consumatore, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi e lo abbia in qualche modo incoraggiato a dare il suo consenso alla clausola²¹.

La stessa Corte di Giustizia Europea non esclude, tuttavia, che il legislatore nazionale, ai fini della dichiarazione di vessatorietà, possa richiedere il concorso necessario di entrambi i due momenti, buona fede e significativo squilibrio.

In tale circostanza, il giudice dovrà accertare, oltre il comportamento contrario a buona fede²², anche la presenza di una rilevante sperequazione tra i diritti e gli obblighi delle parti, quella che l'art. 33 cod. cons. qualifica come squilibrio significativo.

4. Accertamento della vessatorietà e squilibrio rilevante

Ai sensi dell'art. 33 cod. cons., lo squilibrio: "deve essere a carico del consumatore, deve riguardare diritti e obblighi, deve essere significativo". Su questo punto il dibattito è complesso. Poiché lo squilibrio è riferito a diritti e obblighi, e, quindi, agli effetti conseguenti al contratto del consumatore, è proprio in tale contesto che esso va individuato, nel senso che la relativa ingiustizia deve essere valutata sul piano del concreto e specifico sistema di interessi per il quale è stato stipulato il contratto, nel quadro del c.d. principio di convenienza dell'effetto al fatto²³, che comporta che ogni effetto si commi-

to, senza tuttavia procedere all'esame, in tale ipotesi, del requisito della «buona fede» ai sensi di tale articolo 3, paragrafo 1.

²¹ ALBANESE, *Buona fede, contratto, legge*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 31 ss. e spec. 85, laddove afferma che la violazione della buona fede, in quanto presupposto di ammissibilità del sindacato giudiziale sulla congruità dello scambio, costituisce oggetto di un autonomo accertamento, che non attiene al contenuto dell'accordo, ma alle modalità in cui questo si è formato, essendo finalizzato ad impedire che assumano efficacia vincolante negozi che siano il risultato di condotte scorrette, con le quali una parte abbia impedito all'altra l'effettivo esercizio della sua autonomia contrattuale.

²² NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 43 ss., spec. 47 in cui, pur consapevole della difficoltà di distinguere correttezza e buona fede, evidenzia che "tanto la correttezza quanto la buona fede sono direttive di valutazione dei comportamenti secondo un parametro di conformità etica agli affidamenti e alla lealtà che si può pretendere in una relazione".

²³ Su tale peculiare rapporto cfr. FALZEA, voce *Efficacia*, in *Voci di Teoria generale*, Milano, 1978, II ed., 250, il quale precisa che l'effetto è il valore che quel modo determinato dell'agire umano assume in funzione di tutti i valori giuridici del sistema. Anche SCALISI, *La Teoria*, in *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 25, chiarisce che per gli atti di autonomia privata il principio è sempre quello di convenienza dell'effetto al fatto, anche se poi la convenienza dell'effetto all'interesse che con il fatto prende vita e si costituisce resta a dipendere dal sistema.

sura allo specifico interesse che col fatto prende vita e si costituisce²⁴. Laddove gli effetti non sono proporzionati e commisurati, rispetto al sistema di interessi programmato dai contraenti e risultano, invece, orientati verso gli interessi di uno di essi – il professionista – creando un ingiustificabile divario, si produrrà quel significativo squilibrio che determina la vessatorietà. Questo ragionamento sembra trovare concreta dimostrazione nella previsione normativa di clausole tipizzate, considerate presuntivamente vessatorie o di clausole non tipizzate, ma valutate vessatorie *ex post*, in quanto non pertinenti con il sistema di interessi posto a base del contratto del consumatore²⁵ e dirette esclusivamente a creare, senza valida giustificazione, situazioni di vantaggio a favore del professionista.

In sostanza si deve trattare di clausole che la giurisprudenza europea ha ricondotto a tre ipotesi concernenti forme di restrizione al contenuto dei diritti derivanti dal contratto, ostacolo all'esercizio dei medesimi o imposizione di obblighi ulteriori, non previsti dalla disciplina nazionale²⁶.

Per quanto lo squilibrio giuridico produce inevitabilmente conseguenze di tipo economico, si esclude una rilevanza autonoma dello squilibrio economico²⁷, poiché è consolidata l'idea che il controllo sull'equilibrio contrattuale non si possa spingere sino al punto di valutare e sindacare l'adeguatezza del prezzo o la convenienza economica dell'affare o il c.d. giusto prezzo, senza intaccare la libertà di iniziativa economica privata²⁸.

È proprio il legislatore europeo a precludere la strada a una rilevanza dell'equilibrio economico nel momento in cui reclama, ai fini dell'accertamento della vessatorietà, il significativo squilibrio di diritti e obblighi e prescrive la non valutabilità dell'adeguatezza del corrispettivo, a meno che le clausole – come sancisce l'art. 34 cod. cons. – non siano oscure.

Tale interpretazione trova conferma nell'elaborazione giurisprudenziale sia della Corte di Cassazione²⁹ sia della stessa CGE³⁰ che, in diverse occasioni, hanno affermato

²⁴ Al riguardo cfr. CGE 9 febbraio 2023, Causa C-555/21, UniCredit Bank Austria AG contro Verein für Konsumenteninformation, che ha considerato legittima la clausola che escluda le spese di gestione dal novero delle somme restituite in caso di rimborso anticipato del credito da parte del consumatore. CGE 9 febbraio 2023, Causa C-555/21, UniCredit Bank Austria AG contro Verein für Konsumenteninformation.

²⁵ Al primo tipo si riferiscono le clausole di cui al 2° comma dell'art. 33 (clausola di esonero dalla responsabilità del professionista per morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o omissione del professionista); al secondo tipo tutte quelle clausole di cui si trova riscontro nella giurisprudenza, per esempio la clausola contrattuale che escluda il rimborso dei costi sostenuti, in caso di estinzione anticipata del contratto di finanziamento o della AGCM.

²⁶ Sono i principi espressi da CGE 13 ottobre 2022, causa C-405/21, cit., punto 22.

²⁷ ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 39-40 ss.

²⁸ ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 188 ss.

²⁹ La giurisprudenza afferma l'esclusiva rilevanza dello squilibrio di tipo giuridico: cfr. Cass. 25 novembre 2021, n. 36740, che esclude la possibilità di sindacare la convenienza economica dell'affare.

³⁰ CGE 25 novembre 2020, causa C-269/19, Banca B. SA contro A.A.A., secondo la quale l'obiettivo dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, è quello di sostituire all'equilibrio formale che il contratto tende a realizzare sul piano dei diritti e degli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio

che il significativo squilibrio prescinde da una “valutazione economica di natura quantitativa che si basi su un confronto tra il valore complessivo dell’operazione oggetto del contratto, da un lato, e i costi posti a carico del consumatore da tale clausola”. Tali rilievi non impediscono però di valutare la convenienza economica dell’affare³¹, quale indice dell’abuso della libertà contrattuale. Spetterà, tuttavia, al giudice l’obbligo di accertare se il consumatore sia stato posto o meno nelle condizioni di comprendere le conseguenze economiche derivanti da una determinata operazione³². Posto quindi che il significativo squilibrio attiene alla difformità tra regola e interesse, idonea a creare una disparità sostanziale tra i contraenti, la questione consequenziale è quella di individuare gli indici o parametri di commisurazione dell’ingiustizia³³.

5. Segue: Giudizio di vessatorietà, trasparenza e reciprocità

Sui criteri di calcolo o di misurazione della ingiustizia rilevante, idonea a inficiare il regolamento contrattuale, un ruolo fondamentale è svolto dalla Corte di giustizia europea. In diverse decisioni³⁴ si è rilevato che è necessario “procedere a vagliare la situazione giuridica in cui versa il citato consumatore alla luce dei mezzi che la disciplina nazionale mette a sua disposizione per far cessare il ricorso a clausole abusive”.

In tale contesto, ai fini del giudizio di vessatorietà, appare necessario tener conto in primo luogo delle regole contenute nell’art. 34 cod. cons., che fissa le modalità del giudizio valutativo della vessatorietà e statuisce i limiti del sindacato sulle clausole vessatorie, relativamente alle clausole che non possono essere vessatorie o alle clausole, contenute in moduli o formulari per le quali l’onere della prova, sull’assenza di vessatorietà, grava sul professionista. È necessario, altresì, tenere conto anche dell’art. 35 cod. cons., all’interno del quale assumono centralità i requisiti del rispetto delle regole formali e della chiarezza e

reale, finalizzato a ristabilire l’uguaglianza tra queste ultime, e non ad annullare qualsiasi contratto contenente clausole abusive; nello stesso senso cfr. CGE 13 ottobre 2022, Causa C-405/21, cit.

³¹ CGE 20 settembre 2017, C-186/16, Andriuciu e a., per la quale (cfr. punto 45) il requisito secondo cui una clausola contrattuale deve essere redatta in modo chiaro e comprensibile esige che il contratto esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale si riferisce la clausola in parola nonché, se del caso, il rapporto tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole, di modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che derivano. Va tuttavia aggiunto per completezza normativa che la direttiva 2011/83/UE all’articolo 32 inserisce l’art. 8-bis nella direttiva 93/13/CEE statuendo che “Quando uno Stato membro adotta disposizioni conformemente all’articolo 8, ne informa la Commissione, così come di qualsiasi successiva modifica, in particolare qualora tali disposizioni: estendano la valutazione di abusività a clausole contrattuali negoziate individualmente o all’adeguatezza del prezzo o della remunerazione, oppure contengano liste di clausole contrattuali che devono essere considerate abusive”.

³² SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile*, cit., 676 ss.

³³ ALPA, *Il contratto del terzo millennio: intervento conclusivo*, cit., 118 e spec. 1160 ss.

³⁴ CGE 27 gennaio 2021, C-229/19 e C-289/19, Dexia Nederland BV/XXX, Z.

comprensibilità del contenuto. In tale contesto, l'oscurità e l'incomprensibilità diventano indici sicuri di vessatorietà, come afferma la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia che, a fronte dell'irrelevanza della congruità economica della clausola, ha valorizzato il requisito della *chiarezza e comprensibilità di una clausola contrattuale, quale elemento di cui il giudice deve tener conto nell'ambito dell'esame del carattere abusivo di tale clausola*³⁵.

La piena attuazione del principio di trasparenza presuppone l'adempimento da parte del professionista di precisi obblighi di informazione, diretti a superare la presunta asimmetria³⁶ informativa intercorrente con il consumatore, obblighi tra i quali vi è quello di rendere edotto e comunicare al consumatore tutte quelle informazioni che gli consentano di "prendere la sua decisione con prudenza e con cognizione"³⁷.

Poiché, tra l'altro, le clausole possono riguardare anche l'oggetto principale del contratto, le informazioni devono conformarsi alla natura e all'oggetto delle prestazioni, devono anche contenere indicazioni, elementi, formule o simulazioni che consentano di avere una adeguata previsione dei costi. L'adempimento degli obblighi informativi si impone oltretutto quando la clausola è relativa all'oggetto principale del contratto o al prezzo, al fine di evitare al professionista di incorrere nella rimozione o nella dichiarazione di nullità della clausola, per oscurità e in deroga all'art. 34, e non dell'intero contratto, se ciò non pregiudica il consumatore stesso.

La giurisprudenza ha, in realtà, svolto un ruolo essenziale per garantire la piena effettività della tutela riservata, al consumatore e consentire, in attuazione della direttiva 93/13, agli Stati membri e alle autorità competenti l'obbligo di disporre mezzi adeguati ed efficaci per evitare l'inserimento, per rimuovere o per far cessare l'inserzione di clausole abusive.

Opportuno appare richiamare una decisione³⁸, con cui la Corte Europea, per ripristinare l'equilibrio sostanziale tra i contraenti e per garantire "una tutela giurisdizionale effettiva", in nome dell'interesse pubblico sotteso alla direttiva 93/13, non ha esitato a superare l'autorità di cosa giudicata, che l'ordinamento italiano conferisce al decreto ingiuntivo non opposto, laddove l'abusività della clausola, contenuta nel contratto da cui deriva il provvedimento, non è stata fatta valere durante il procedimento per la sua adozione. In tal caso, il giudice dell'esecuzione potrà e dovrà valutare l'abusività, malgrado sul provvedimento ingiuntivo si sia formato il giudicato.

³⁵ CGE 3 Ottobre 2019, C-621/17, Gyula Kiss contro CIB Bank Zrt e altri.

³⁶ ROPPO, *Prospettive del diritto europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, 267 ss.; BENEDETTI, *Contratto Asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali V*, Milano, 2012, 373.

³⁷ CGE 12 gennaio 2023, C-395/21, D.V./M.A. La decisione riguarda il caso di un contratto di prestazione di servizi legali a titolo oneroso stipulato tra un avvocato e un consumatore, in cui l'avvocato si impegnava a fornire consulenze e la predisposizione di atti giuridici ecc. Il costo dell'onorario a carico del consumatore veniva individuato per ogni ora di consulenza o di prestazione di servizi legali. Tuttavia non risultano presenti nel contratto informazioni precontrattuali, relative alle modalità di calcolo, periodicità dei pagamenti, né sono programmate relazioni del professionista. L'informazione appariva incompleta, tenuto conto che la clausola relativa compenso per i servizi legali si inquadra in quella tipologia di clausole che definiscono l'essenza stessa del rapporto contrattuale.

³⁸ CGE 17 maggio 2022, cause riun. C-693/19 e C-383/19 SPV Project 1503 Srl/YB.

Il principio dell'elevato livello di protezione del consumatore, cristallizzato nell'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, obbliga la CGE a garantire una piena ed effettiva tutela³⁹ che, tuttavia, non può spingersi oltre certi limiti, sino a determinare uno squilibrio in danno del professionista. Di questa esigenza si è fatto carico preliminarmente il legislatore, come è dimostrato dalla non applicazione del divieto di alcune clausole vessatorie nei contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti e servizi finanziari e, poi la giurisprudenza che, ormai, è costante nel subordinare l'accertamento della vessatorietà alla valutazione della capacità di incidenza della clausola sul consumatore medio, poiché a volte, e soprattutto nei contratti di massa, risulta inevitabile – come afferma la dottrina – che la valutazione sia condotta in astratto⁴⁰. Il parametro del consumatore medio, introdotto dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e, prima ancora, dai provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in materia di concorrenza sleale, diventa necessario per la valutazione dell'abusività.

Questo è, probabilmente, il punto più critico e forse più debole della posizione della Corte di Giustizia. La questione non è di poco conto ove si abbia riguardo al fatto che il consumatore medio è un parametro o un canone valutativo, oggettivo e variabile a seconda degli Stati membri, diretto a mediare gli interessi dell'impresa con quelli del consumatore. Si guarda, essenzialmente, alla capacità del consumatore medio di comprendere il contenuto della clausola: il riferimento al consumatore, normalmente informato e ragionevolmente avveduto, che richiama il considerando 18 della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette, è presente in diverse decisioni della CGE⁴¹, pronunciate anche e soprattutto nell'ambito di contratti bancari⁴² e finanziari. In tale settore, infatti, proprio con riferimento a diversi contratti di credito e di mutuo ipotecario indicizzato in valuta estera, in cui il contenuto delle clausole è stato unilateralmente predisposto dal professionista, la Corte europea ha precisato, che l'obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali viene adempiuto laddove non solo le clausole appaiono intelleggibili per il

³⁹ L'effettività della tutela del consumatore è garantita dal rispetto degli obblighi di trasparenza e di informazione precontrattuale. Al riguardo, in giurisprudenza, cfr.: CGE, 11 settembre 2019, C-383/18, caso Lexitor. Sulla rilevanza della trasparenza nei contratti bancari, in dottrina, SANTAGATA, *Rimborso anticipato del credito e diritto del consumatore alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto (c.d. up front)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, 21 ss.

⁴⁰ In tal senso cfr. DE CRISTOFARO, *Vessatorietà e trasparenza delle clausole dei contratti B-To-C e procedimenti amministrativi di competenza dell'AGCM. Il novellato art. 37-bis C.cons.*, cit., 517 ss.; e Id., *“Rimedi” privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE (comma 15-bis, art. 27 c.cons.)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 441 ss.; su pratiche commerciali scorrette e consumatore medio cfr. CAMILLERI, *Pratiche commerciali scorrette, safety net e nuove vulnerabilità: prospettive e limiti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 204 ss.

⁴¹ Cfr. CGE 18 novembre 2021, C-212/2020, M.P. e B.P. contro «A.» prowdzący działalność za pośrednictwem «A.» S.A.

⁴² NATOLI, *L'ammortamento “alla francese”: una questione di trasparenza*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2023, 211 ss.; VITERBO, *Il controllo di abusività delle clausole nei contratti bancari con i consumatori*, Camerino, 2018, 162 ss.

consumatore sui piani formale e grammaticale, ma anche comprensibili sotto il profilo del funzionamento e delle modalità di calcolo per un “consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto”, il quale deve essere messo in grado di comprendere il funzionamento concreto di tale clausola e di valutare così, sulla base di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una siffatta clausola sui suoi obblighi finanziari⁴³.

La giurisprudenza europea, in definitiva, se da un lato si impegna a garantire la piena effettività della tutela del consumatore, dall’altro lato si preoccupa di fissare dei limiti, entro i quali tale protezione può e deve operare, al fine di evitare, come si è detto, sbilanciamenti di segno opposto. Infatti il richiamato parametro del consumatore medio⁴⁴, che rinvia non a un consumatore disattento e acritico, ma a un consumatore dotato di una capacità critica e di analisi, abbassa il grado di protezione offerto e, contestualmente, amplia la tutela delle imprese o dei professionisti.

Alla trasparenza e alla forma si aggiunge un altro elemento, indice della vessatorietà, l’assenza di reciprocità. Secondo la giurisprudenza di legittimità⁴⁵, si deve considerare presuntivamente vessatoria la clausola contrattuale con la quale si prevede il diritto di pretendere il pagamento di una sanzione in caso di recesso del consumatore, senza analoga previsione per il professionista, e tale è stata considerata quella inserita in un contratto di mediazione⁴⁶, laddove consentiva al professionista di trattenere una somma di denaro, versata dal consumatore, in caso di recesso di quest’ultimo, senza aver svolto alcuna prestazione⁴⁷.

⁴³ CGE 10 giugno 2021, cause riun. C-776/19 a C-782/19, VB e a. contro BNP Paribas Personal Finance SA e AV e a. contro BNP Paribas Personal Finance SA e Procureur de la République, ove si rileva, che ai fini dell’accertamento della vessatorietà è necessario verificare se un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, deve essere in grado non solo di prendere conoscenza della possibilità di apprezzamento o deprezzamento della valuta estera nella quale il mutuo è stato contratto, ma anche di valutare le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sui suoi obblighi finanziari.

⁴⁴ PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 1 e, spec., 3 ss.; Per CGE 21 settembre 2023, C-139/22, AM e PM contro mBank S.A., il requisito di trasparenza delle clausole contrattuali, previsto all’articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva, deve essere inteso nel senso che impone non solo che la clausola di cui trattasi sia intelligibile per un consumatore sui piani formale e grammaticale, ma anche che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, sia posto in grado di comprendere il funzionamento concreto di tale clausola e di valutare così, sulla base di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una siffatta clausola sui suoi obblighi finanziari.

⁴⁵ Cass. 5 maggio 2017, n. 10910.

⁴⁶ Cass. 18 settembre 2020, n. 19565, che, al riguardo, statuisce il principio secondo cui *si presume vessatoria la clausola che consente al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest’ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest’ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere.*

⁴⁷ SIRENA, *La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell’interpretazione della giurisprudenza*.

Analogamente si è pronunciato l'Arbitro Bancario Finanziario⁴⁸, con riferimento a clausole contrattuali che prescrivono, in autotutela, la compensazione del debito di un correntista con il saldo attivo presente sul conto corrente, senza riconoscere analogo forma di autotutela al correntista stesso.

Infine va segnalata, anche per il dibattito che ha suscitato, una decisione della giurisprudenza di legittimità⁴⁹ nella quale si è affermato che le norme a protezione del consumatore devono conformarsi a criteri di ragionevolezza, che impongono la soccombenza delle ragioni del consumatore, rispetto a quelle del professionista, tutte le volte in cui il consumatore, con negligenza, non si è avvalso delle prerogative ad esso riconosciute e non ha quindi rispettato il principio dell'autoresponsabilità⁵⁰. In tal caso si rafforza la tutela riservata al professionista, che resta esonerato da ogni responsabilità anche quando abbia contravvenuto all'obbligo di chiarezza. Questa decisione manifesta, ancora, la difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra l'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato e quello del consumatore.

6. Conclusioni: la prospettiva rimediale

Nel momento in cui l'esercizio della libertà contrattuale⁵¹ sconfinava «nell'abuso della libertà contrattuale» si apre la questione delle tutele offerte al soggetto debole⁵². Sia il diritto europeo che la giurisprudenza della Corte di Giustizia presentano un ventaglio di rimedi⁵³, accomunati da un unico obiettivo, quello di svolgere una funzione realizzativa⁵⁴

za e dell'arbitro bancario finanziari (ABF), in BELLELI, MEZZASOMA, RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva*, Napoli, 2013, 78.

⁴⁸ Collegio di Coordinamento dell'Arbitro bancario Finanziario 30 ottobre 2020, n. 2438.

⁴⁹ Cass. 8 luglio 2020, n. 14257.

⁵⁰ Cass. 8 luglio 2020, n. 14257, secondo cui il c.d. dogma consumeristico vuole il consumatore in una situazione di presunzione assoluta di debolezza, sempre e comunque meritevole di protezione. Nel settore turistico, tuttavia, agli obblighi informativi che l'organizzatore deve obbligatoriamente dare in forma scritta tramite apposito opuscolo, concorre il principio di autoresponsabilità del consumatore circa la lettura e l'utilizzo dello stesso (nella specie, la disponibilità per iscritto, qualche giorno prima della partenza, delle informazioni di cui la ricorrente necessitava e che, per negligenza non aveva letto né utilizzato, non comportava un pregiudizio suscettibile di essere compensato in via risarcitoria).

⁵¹ Sull'abuso della libertà contrattuale cfr. D'AMICO-PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, 27 ss.; DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia di impresa*, in PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, 27 ss.

⁵² MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 380 s., ad avviso del quale all'interno del diritto europeo attuale si assiste ad una «funzionalizzazione dell'autonomia contrattuale all'obiettivo dell'instaurazione di un mercato il più possibile razionale» e «il rimedio è la chiave di accensione dell'intero sistema».

⁵³ In tal senso cfr. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 162 il quale evidenzia che il ragionamento sulla tutela dei diritti vada impostato a partire dal pregiudizio cui la tutela medesima è chiamata a reagire.

⁵⁴ SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1045 ss., e

e satisfattiva dell'interesse consumeristico⁵⁵ rimasto inattuato, per conseguire pure la piena attuazione delle politiche di mercato⁵⁶.

Al riguardo tali rimedi⁵⁷, che non sono oggetto di specifica attenzione in questo contributo, sono ricondotti dalla giurisprudenza europea a forme di disapplicazione della clausola, se il consumatore non si oppone; ripristino della situazione di fatto e di diritto in cui il consumatore si sarebbe trovato senza la clausola e ciò anche nell'ipotesi in cui i servizi o i prodotti sono stati erogati e il professionista può rimanere privo di compenso; invalidazione o, meglio, nullità dell'intero contratto⁵⁸, se dopo l'eliminazione della clausola esso non ha ragione di esistere, purché il rimedio demolitorio non sia di pregiudizio per il consumatore⁵⁹, avuto riguardo agli effetti che da esso derivano. Laddove, infatti, il consumatore risulti esposto a conseguenze dannose, la CGE⁶⁰ non ha esitato ad affermare che il giudice nazionale possa sanare la nullità della clausola abusiva, sostituendola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva o applicabile in caso di ac-

1055 ss. per il quale *l'effetto-rimedio invece agisce in funzione essenzialmente mediatrice all'interno del processo di realizzazione di interessi giuridici.*

⁵⁵ Su tale punto cfr. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 61 s.

⁵⁶ SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, cit., 282 s., e ora in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., 378 s., ove si rileva che la stessa nullità di protezione non è la «solita codicistica nullità, quale rimedio di fattispecie, bensì di una figura nuova e diversa operante come rimedio di regolamento».

⁵⁷ SCOGNAMIGLIO, *Interferenze disciplinari, vecchia e nuova dogmatica*, in questa *Rivista*, 2023, 425 ss, e spec. 433.

⁵⁸ Cass. 3 novembre 2023, n. 30556, secondo cui, con riferimento a un contratto di mutuo con tasso di interesse indicizzato al tasso di cambio franco/svizzero, le clausole redatte in modo non chiaro e comprensibile possono essere considerate vessatorie o abusive, e pertanto nulle, se determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, e ciò anche nel caso in cui riguardano la stessa determinazione dell'oggetto del contratto o l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi.

⁵⁹ Cass. civ., sez. un., 16.11.2022, n. 33719 e per un commento a tale sentenza SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite e l'art. 38 t.u.b.: un altro tassello nel mosaico delle nullità*, che intravede nella decisione della Corte la «consapevolezza circa il necessario carattere dell'idoneità o congruità rimediabile della sanzione della nullità, avuto riguardo agli interessi protetti dalla norma: con il corollario della negazione della possibilità di dare ingresso al rimedio della nullità quando lo stesso si palesi incongruo, avuto riguardo alla natura degli interessi in gioco ed alle conseguenze, rispetto allo scopo della norma, che l'applicazione del rimedio della nullità trarrebbe con sé»; in *NGCC*, 2023, 412 ss.

⁶⁰ *C. giust.*, 18 novembre 2021, causa C-212/20, secondo cui una clausola dichiarata abusiva dal giudice nazionale deve restare disapplicata..., senza che il suo contenuto possa essere modificato. Soltanto qualora la caducazione della clausola abusiva obbligasse il giudice ad annullare il contratto nella sua interezza, esponendo in tal modo il consumatore a conseguenze particolarmente dannose, sicché quest'ultimo ne sarebbe penalizzato, il giudice nazionale potrebbe sostituire tale clausola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva. Su tale decisione cfr. GATTI, *Limiti europei all'integrazione (e all'interpretazione) del contratto contenente clausole vessatorie: marginalizzazione o mutata centralità del giudice?*, in *Pactum, Rivista di diritto dei contratti*, 2022, 304 ss.; D'AMICO-PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, cit., 27.

cordo tra le parti di detto contratto⁶¹. Resta, in ogni caso, aperta la possibilità per la parti di rinegoziare il contratto.

Si conferma, quindi, anche per effetto delle posizioni assunte dalla giurisprudenza europea l'esistenza di una pluralità di strumenti rimediali, correlati essenzialmente alla natura degli interessi in gioco e ai comportamenti in grado di realizzarli, sul presupposto che, quale che sia la tecnica di tutela attivabile, essa non può tradursi in un pregiudizio per l'interesse che aspira alla sua realizzazione.

ABSTRACT

Il tema della trasparenza delle clausole abusive mantiene la sua attualità, malgrado i trent'anni dalla direttiva. Oltre al contributo della dottrina, significativo è il ruolo della Corte di Giustizia Europea che, se da un lato si impegna a garantire la piena effettività della tutela del consumatore, dall'altro lato si preoccupa di fissare i limiti, entro i quali tale protezione può e deve operare, al fine di evitare sbilanciamenti di segno opposto. Per questa ragione si subordina l'accertamento della vessatorietà non solo all'accertamento della trasparenza e intellegibilità delle clausole contrattuali, ma anche alla loro comprensibilità per un "consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto", in grado di comprendere il funzionamento concreto di tale clausola.

The issue of transparency of unfair terms remains relevantly relevant, despite thirty years since the directive. In addition to the contribution of the doctrine, the role of the European Court of Justice is significant which, if on the one hand it undertakes to guarantee the full effectiveness of consumer protection, on the other hand it is concerned with setting the limits within which such protection can and must operate in order to avoid imbalances of the opposite sign. For this reason, the assessment of unfairness is subordinated not only to the assessment of the transparency and intelligibility of the contractual clauses, but also to their comprehensibility for an "average consumer, normally informed and reasonably attentive and circumspect", capable of understanding the concrete functioning of this clause.

⁶¹ CGE 12 gennaio 2023, causa C-395/21.

