



UNIVERSITA' DEGLI STUDI ROMA TRE
DIPARTIMENTI DI STUDI AZIENDALI

DOTTORATO DI RICERCA IN

“Analisi aziendale e giuridica: mercati, finanza, istituzioni e consumatori”

CURRICULUM IN

“Diritto dei mercati e dei consumatori”

XXIX° CICLO

**Giudizio di vessatorietà e trasparenza delle clausole a
contenuto economico**

Coordinatore del dottorato

Chiar.ma Prof.ssa Maddalena Rabitti

Tutor

Chiar.mo Prof. Vincenzo Cuffaro

Chiar.ma Prof.ssa Maddalena Rabitti

Dottorando

Dott.sa Angela Capocetti

Anno Accademico 2016/2017

Indice

Capitolo Primo INTRODUZIONE AL PROBLEMA ED ANALISI DEL DATO NORMATIVO DI RIFERIMENTO (Art. 34, comma 2, cod. cons.)

- 1.1 Introduzione al problema. Alcune precisazioni nozionistiche.....pag. 1
- 1.2 Inquadramento tradizionale dell'art. 34, comma 2, cod. cons.:
l'esclusione delle clausole a contenuto economico dal controllo di vessatorietà..... pag. 6
- 1.3 L'*iter* della norma. I modelli disciplinari di riferimento: il modello tedesco e la direttiva comunitaria.....pag. 16
- 1.4 Possibile superamento del modello tradizionale? Struttura del lavoro di ricerca e metodo utilizzato.....pag. 34

Capitolo Secondo IL GIUDIZIO DI TRASPARENZA

- 2.1.1 Egesi del dato normativo. La portata del principio di trasparenza nel giudizio di vessatorietà delle clausole principali.....pag. 39
- 2.1.2 Rapporto del principio della trasparenza con il giudizio di vessatorietà.....pag.45
- 2.1.3 *Ratio* e contenuto dell'inciso normativo.....pag.46
- 2.1.4 (segue) Il bilanciamento fra clausole "principali" e non.....pag.60

2.2.1	Un nuovo ruolo (più incisivo?) della trasparenza desumibile dalla recente giurisprudenza comunitaria. La Sentenza CGUE 30-04-2014, causa C-26/13, <i>Arpad Kasler</i>	pag. 62
2.2.2	La Sentenza CGUE 26-02-2015, causa C-143/13, <i>Bogdan Matei</i>	pag.75
2.2.3	La Sentenza CGUE 23-04-2015, causa C-96/14, <i>Van Hove</i> ...	pag. 84

Capitolo Terzo POSSIBILI APPLICAZIONI DELLA “TRASPARENZA ECONOMICA”

3.1	La possibile vessatorietà delle <i>clausole floor</i> alla luce del nuovo ruolo della trasparenza.....	pag. 95
3.2	Il Decreto mutui (D. Lgs. n. 72/2016) ed i relativi obblighi di trasparenza.....	pag. 110

Capitolo Quarto LE CONSEGUENZE DEL GIUDIZIO DI VESSATORIETA' DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI NON TRASPARENTI

4.1.1	Profili critici: l’abusività delle clausole a contenuto economico tra nullità del contratto e integrazione giudiziale dello stesso...pag.	115
4.1.2	La terza questione pregiudiziale della sentenza <i>Kasler</i>pag.	123
4.2	Considerazioni conclusive.....pag.	129
	BIBLIOGRAFIA.....pag.	136

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE AL PROBLEMA ED ANALISI DEL DATO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

(Art. 34, comma 2, cod. cons.)

1.1 Introduzione al problema. Alcune precisazioni nozionistiche

Potrebbe apparire semplicistico avviare una trattazione critica in materia di clausole a contenuto economico (ovvero di determinazione della prestazione contrattuale) facendo riferimento all'attuale panorama storico, sostanzialmente segnato dalla crisi economica. Quest'ultima, originatasi nel 2008 come crisi bancaria e trasformatasi in Europa in crisi del debito sovrano¹, ha però comportato, a più livelli e nei più svariati settori dell'organizzazione sociale, compreso quello della scienza giuridica, una così profonda riflessione in merito alle regole, anche valoriali, poste alla base della moderna economia occidentale, che non appare, ad una più attenta analisi, affatto superfluo partire dall'oggi, dal contingente storico, al fine di cominciare a discutere su un argomento apparentemente assiomatico quale quello delle clausole di determinazione dell'oggetto del contratto consumeristico.

D'altra parte se vi è una tipologia di clausole contrattuali più intimamente connessa ai meccanismi di funzionamento del mercato, è proprio quella concernente la determinazione del corrispettivo della prestazione principale del contratto, la quale, secondo la tradizionale impostazione

¹ Per un approfondimento sul tema: NAPOLITANO, PERASSI, *La Banca Centrale Europea e gli interventi per la stabilizzazione finanziaria: una nuova frontiera per la politica monetaria?*, in G. Amato e R. Gualtieri (a cura di), *Prove di Europa Unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Milano, 2013, p. 41 e ss.; ADINOLFI, VELLANO, *La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro. Profili giuridici*, Torino, 2013; BASSAN, MOTTURA, *Le garanzie statali nel sistema europeo di assistenza finanziaria agli Stati*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, fasc. 3, Bologna, 2013.

liberista che permea il nostro ordinamento civilistico, deve rappresentare il mero risultato delle leggi del mercato stesso, o meglio delle determinazioni delle parti che, in quanto soggetti economici, da quelle leggi inevitabilmente vengono condizionate.

Non è così difficile, pertanto, comprendere come proprio quando il mercato e le sue regole di funzionamento sono entrati in crisi, anche i principi e gli archetipi civilistici direttamente collegati ad esso hanno cominciato a traballare, primo tra tutti quello, quasi sacro, dell'intangibilità dell'autonomia privata.

Facendo ricorso a strumenti salvifici quale quello della buona fede, è infatti sempre più comune riscontrare, nella prassi applicativa, interventi del giudice direttamente volti a modificare (ma verrebbe quasi da dire, anticipando future riflessioni del presente lavoro, volti a riequilibrare) il regolamento pattizio, anche oltrepassando i tradizionali limiti posti alla sua facoltà di ingerenza, e persino andando oltre i poteri, già ampi, di controllo contenutistico del contratto a lui riconosciuti, a tutela del contraente debole, in materia consumeristica.

Tali veloci pennellate dello scenario di fondo non possono non sollevare il dubbio se anche le clausole a contenuto economico, così fortemente condizionate dalle vicissitudini del mercato, stiano divenendo oggetto di una siffatta rilettura (non solamente giurisprudenziale) in chiave solidaristica.

Finora tali clausole inserite nei contratti conclusi tra professionisti e consumatori sono state ritenute, come si vedrà, astrattamente inidonee a formare oggetto del giudizio di vessatorietà, in virtù dell'impossibilità, normativamente riconosciuta, per il giudice di incidere sul disfacimento delle trame contrattuali direttamente intrecciate dalle parti in espletamento della loro autonomia privata.

L'autorità giudiziaria, come è noto, può certamente rendere inefficaci clausole comportanti, a carico del consumatore, uno squilibrio eccessivo

dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, ma al suo giudizio, secondo l'impostazione interpretativa tradizionale della legislazione consumeristica, risultano invece impenetrabili le clausole determinative del prezzo, elemento dettato dalle dure leggi della domanda e dell'offerta.

Occorre perciò interrogarsi se, anche in virtù del mutato contesto socio-economico (il quale, non da solo, ha generato la già citata tendenza ad infrangere, talvolta, i tradizionali meccanismi interpretativi del regolamento contrattuale allo scopo di tutelare la parte debole in maniera più incisiva), è possibile affermare che sia in atto un mutamento di opinione in ordine alla tematica dell'assoggettabilità al controllo di abusività delle clausole di determinazione dell'oggetto del contratto.

Al fine di procedere all'esatta perimetrazione delle problematiche che il quesito in esame è suscettibile a sua volta di sollevare (le quali spaziano da tradizionali tematiche del diritto dei consumatori quali, a titolo esemplificativo, l'ampiezza degli obblighi informativi, fino a lambire assunti civilistici di difficile e scomoda interpretazione, quali quello della giustizia contrattuale e dell'equilibrio economico delle prestazioni), occorre innanzitutto precisare cosa si intenda per clausole (che in questa sede si è scelto di definire, tra le varie nozioni prospettabili) a contenuto economico.

Da un punto di vista strettamente pratico che prende in considerazione i motivi soggettivi che inducono le parti a contrarre, è possibile affermare come le clausole a contenuto economico integrino quelle condizioni contrattuali che verosimilmente ciascun consumatore considera decisive rispetto alla propria scelta di consumo, ovvero quelle regolatrici del rapporto qualità - prezzo del bene o del servizio oggetto del contratto.

Le clausole concernenti il prezzo, tuttavia, costituiscono solo una parte dell'insieme delle condizioni contrattuali rispetto alle quali, secondo la previsione legislativa (l'art. 34, secondo comma, cod. cons., di cui si discuterà ampiamente in prosieguo), il giudizio di vessatorietà risulta

essere fortemente ridimensionato. Tra esse, infatti, la normativa vigente fa rientrare anche quelle attinenti alla determinazione dell'oggetto del contratto.

Con queste ultime il legislatore, non volendo certo fare riferimento né all'oggetto economico del contratto (in caso contrario, si sarebbe introdotto nel Codice del Consumo un inutile replica delle condizioni di determinazione del prezzo), né al contenuto astratto del contratto, ovvero al tipo negoziale (una ricostruzione del genere dovrebbe indurre a far parlare di causa del negozio giuridico, piuttosto che di oggetto), ha inteso invece più genericamente alludere a quelle clausole tramite le quali il professionista, all'interno dei propri modelli contrattuali, indica natura, tipo, quantità e qualità dei beni e dei servizi offerti.

Il Codice del Consumo, in definitiva, sembra riferirsi alle clausole a contenuto economico in una doppia accezione.

Tali differenti tipologie di clausole (determinative del prezzo e dell'oggetto negoziale) sono state, in letteratura, denominate clausole principali² del contratto; quest'ultima risulta essere una felice e riassuntiva accezione, nella quale è possibile ricomprendere, in generale, tutte quelle condizioni contrattuali che non disciplinano aspetti regolamentari del rapporto tra professionista e consumatore, ma ne traducono il significato patrimoniale, rivelando la cifra economica dell'affare concluso.

Il possibile poliformismo definitorio deducibile dalla lettera della norma codicistica e dall'elaborazione dottrinale si traduce, poi, in una casistica ancor più variegata.

Nel *genus* delle clausole cd. principali, infatti, è possibile sussumere non soltanto quelle che contengono la diretta determinazione alfanumerica di un prezzo, di un corrispettivo, di un interesse o di una penale. Sono state, infatti, ricondotte nell'alveo della nozione in esame le condizioni

² FARNETI, *La vessatorietà delle clausole "principali" nei contratti del consumatore*, Milano, 2009.

contrattuali che, ad esempio, attribuiscono al mediatore il diritto alla provvigione anche nel caso in cui egli abbia soltanto reperito un'offerta conforme alle richieste o nel caso in cui il contratto non si concluda a causa del rifiuto del contraente che aveva conferito l'incarico; le clausole inserite all'interno di un contratto di telefonia mobile in virtù delle quali l'utente non possa recedere o non possa passare ad un diverso piano tariffario se non decorso un determinato termine; e ancora, le limitazioni del rischio dell'assicurato inserite all'interno del regolamento di una polizza assicurativa.

A fronte di una siffatta varietà definitoria e casistica, è necessario pertanto fare chiarezza e, ai fini del presente lavoro, operare una scelta circa la nozione di cui avvalersi.

Si utilizzerà la locuzione di derivazione dottrinale "clausole principali", quando si intenderà riferirsi, in generale, a tutte quelle condizioni contrattuali suscumbibili all'ambito applicativo dell'art. 34, secondo comma, cod. cons., mentre si parlerà di "clausole a contenuto economico" quando si vorrà concentrare l'attenzione sulle clausole di determinazione del corrispettivo (nonché su quelle inerenti le modalità di calcolo di quest'ultimo) del contratto concluso tra consumatore e professionista.

La siffatta scelta non rappresenta soltanto una formale precisazione nozionistica, ma comporta inevitabilmente ripercussioni in merito all'ampiezza del raggio d'azione della ricerca ed alla struttura della stessa. Nel percorrere l'*iter* argomentativo a sostegno della tesi di una possibile rinnovata lettura del giudizio di vessatorietà (anche grazie ad una nuova e più incisiva interpretazione degli obblighi di trasparenza gravanti sul professionista), si focalizzerà infatti l'interesse proprio sulle clausole determinative del prezzo dei beni e dei servizi offerti al consumatore (clausole a contenuto economico), lasciando sullo sfondo tutte le altre condizioni contrattuali (clausole principali generalmente intese) alle quali, comunque, sarebbe possibile riservare le stesse conclusioni, in quanto

anch'esse immuni dal giudizio di vessatorietà come tradizionalmente inteso.

1.2 Inquadramento tradizionale dell'art 34, comma 2, cod. cons.: l'esclusione delle clausole a contenuto economico dal controllo di vessatorietà

La disposizione normativa che ha aleggiato sopra le rudimentali riflessioni accennate finora e che costituisce l'appiglio normativo dal quale occorre inevitabilmente partire al fine di fotografare lo stato dell'arte in materia di profili di vessatorietà delle clausole a contenuto economico, è, appunto, l'art. 34, comma 2, cod. cons. (che ha dato attuazione alla speculare norma comunitaria in materia, ovvero all'art. 4, n. 2 della dir. 93/13/CEE).

Detto articolo, come è noto, 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, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile”.

Nel percorso che porta all'approfondimento del modello disciplinare dominante si deve necessariamente partire da una primaria familiarizzazione con la disposizione legislativa in oggetto, in particolare con la sua collocazione sistematica.

La norma in esame è inserita all'interno del titolo I parte III del codice del consumo, contenente quel *corpus* di norme le quali adempiono, tra le altre, alla funzione di determinare i poteri del giudice in fase di controllo, valutazione e sanzione del contenuto vessatorio delle clausole di un contratto concluso da un consumatore con un professionista.

Per effetto dell'introduzione degli attuali artt. 33 ss. cod. cons. , infatti, anche nel nostro ordinamento è divenuto possibile esercitare un sindacato di merito, finalizzato ad addentrarsi fino al cuore della regola privata

modellata dalle parti nell'esercizio della loro autonomia: il c.d. controllo contenutistico del contratto.

Tale espressione contiene in sé una forte volontà dicotomica, in quanto con essa si intende sottolineare l'evidente differenza qualitativa sussistente tra quest'ultimo modello di intervento e quello meramente formale delineato dal codice civile in materia di condizioni generali del contratto, che pur ha rappresentato, per il nostro ordinamento, il primo timido tentativo di approntare una tutela esplicitamente a protezione dell'aderente (solo per questo, fisiologicamente debole).

In breve il codice del consumo ha conferito al giudice il potere di soppesare in un momento successivo (ovvero dopo la stipulazione e, quindi, dopo il sorgere di un valido vincolo tra le parti) i diritti e gli obblighi che, inseriti in apposite clausole contrattuali, concorrono a determinare il regolamento privato di interessi.

In particolare, la disciplina del Codice del Consumo ha concesso all'autorità giudiziaria la facoltà di verificare l'adesione di dette clausole al criterio generale della buona fede oggettiva, impedendo che possano essere lecitamente pattuite condizioni in grado di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto³. Una facoltà di vigilare e di intervenire sui contenuti delle regole negoziali le cui sembianze rimandano a quella

³ In questa sede ci si limiterà ad effettuare brevi accenni descrittivi al giudizio di vessatorietà tracciato dal Codice del Consumo. Risulta quasi superfluo citare la vastissima letteratura sul tema. Basti qui richiamare: ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014; CATAUDELLA, *I contratti, parte generale*, Torino, 2014; GABRIELLI (a cura di), *Commentario al codice del consumo*, Torino, 2011; ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1996, 4; TROIANO, sub art. 1469 bis, in ALPA-PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469 bis - 1469 sexies del Codice Civile*, 1997; DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996. Sull'inciso "(...)malgrado la buona fede" inserito nell'art 33 del Cod. Cons. e sul dibattito sorto circa il significato da attribuire a tale inciso si richiama invece: UDA, *La buona fede nelle clausole abusive*, in ALPA - PATTI, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli, Milano, 2003.

*Inhaltskontrolle*⁴ che nella seconda metà degli anni '70 la disciplina tedesca delle condizioni generali di contratto aveva mutuato dalla prassi giurisprudenziale.

In tale contesto la presenza di un precetto quale quello dettato dal secondo comma dell'art. 34 cod. cons. ha assunto, nell'ottica del legislatore, il preciso scopo di delimitare dall'esterno il raggio di azione dell'intervento giudiziale, attraverso l'individuazione di alcuni elementi del regolamento contrattuale che risultano esenti dal controllo sostanziale.

Il giudice, se interrogato ad esercitare in concreto il giudizio di vessatorietà (giudizio che, inevitabilmente, si fonda anche su criteri di valutazione "economici" in senso lato, poiché diretti a maturare un convincimento imparziale circa un rapporto tra soggetti contrapposti operanti nel mercato) non può però, in definitiva, spingersi sino a valutare gli aspetti più spiccatamente economici del contratto.

Il contenuto precettivo rintracciabile nel secondo comma dell'art. 34 cod. cons. si è prestato con grande facilità, fin dal principio, non tanto a sollecitare approfondite indagini esegetiche, quanto piuttosto ad essere sintetizzato e caricato di significati legislativi più profondi di quanto il dato letterale e la collocazione codicistica della norma apparentemente lasciassero intendere.

E' interessante sottolineare, infatti, come una disposizione così importante e di cui così diffusamente si è fatto utilizzo all'interno delle Corti nazionali ed europee nell'escludere la sindacabilità delle clausole contrattuali apparentemente abusive, non abbia costituito oggetto di una capillare riflessione da parte della dottrina, la quale ha preferito concentrarsi su ben altre disposizioni normative introdotte della disciplina consumeristica.

⁴ Sul concetto di *Inhaltskontrolle* si veda tra gli altri: CALVO, *Le radici del moderno diritto privato europeo con riguardo al controllo sul contenuto del contratto standard*, in Contr. E impr. Eur., 2001, 491 ss.; HOHLOCH, *quale destino per l'AGBG?* in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria*, (a cura di) Bianca e Alpa, Padova, 1996.

Salvo poche eccezioni, i temi sottesi alla disposizione in oggetto non hanno quasi mai ricevuto attenzione metodica, come se essa affermasse una verità scontata.

La letteratura esistente sul tema si è limitata ad affrontare l'analisi della norma in termini negativi (ovvero, si ripete, come mero criterio di esclusione del giudizio di vessatorietà), aggrappandosi ad una convinzione quasi granitica, che sulle pagine giuridiche si continua tuttora recitare come un mantra: esiste un nocciolo duro del contratto sottratto alla sindacabilità esterna, il quale non può che consistere nel cuore della stipulazione privata, ovvero nella determinazione delle prestazioni e del loro rapporto di valore reciproco. In definitiva, nel prezzo del bene o del servizio pattuito dalle parti contraenti.

La ragione di tale incrollabile convinzione risiede nella tradizione e nelle fondamenta stesse dei moderni ordinamenti civilistici, uno dei cui pilastri consiste nel convincimento che il giudice, neppure attraverso l'utilizzo del pervasivo strumento di sindacabilità delle regole pattizie affidatogli da quell'insieme di norme e principi che in molti hanno dipinto, agli albori della loro emanazione, come un "nuovo diritto dei contratti"⁵, potrebbe addentrarsi fin dentro lo scrigno dell'accordo economico.

In caso contrario, ad esso sarebbe attribuita la possibilità di intaccare o, addirittura, di modificare una volontà che, al contrario, deve rimanere trascendente. Si rischierebbe, insomma, di scardinare un tabù incrollabile: quello della libertà contrattuale e dell'autonomia privata.

L'art. 34 comma 2, cod. cons. è stato quindi individuato come lo sbocco, all'interno della legislazione consumeristica, di tali sicure certezze. La *ratio* della norma, per diffusa ammissione, risiederebbe proprio nella

⁵ PERLINGIERI, *Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, 827 ss.; DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 721 ss. ed in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2004, 1 ss.; D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014.

volontà del legislatore di far emergere positivamente il principio generale dell'intangibilità dell'autonomia contrattuale, così da attribuire alla disposizione in esame una valenza che travalica le ragioni e le esigenze del puro *test* di vessatorietà delle clausole, per assurgere quasi al rango di elemento cardine anche del nuovo paradigma contrattuale.

Affrontare il problema della sindacabilità delle clausole principali del contratto consumeristico significa, quindi, scendere inevitabilmente a patti con uno dei capisaldi intorno ai quali, si sostiene, sono stati costruiti i moderni sistemi di diritto privato, a loro volta specchio delle economie di mercato occidentali.

Il controllo giudiziale sul contenuto economico del contratto, inoltre, è stato tradizionalmente ritenuto non solo inutile (in quanto, si è argomentato, l'interazione funzionale tra autodeterminazione responsabile del consumatore e meccanismo del mercato concorrenziale risulterebbe di per sé già sufficiente ad eliminare i rischi tipici della predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale) ma anche irrealizzabile. Alla base di tale impossibilità giuridica vi sarebbe la mancanza di parametri normativi in base ai quali valutare l'eventuale vessatorietà delle clausole in questione, trattandosi per definizione di elementi privi di regolamentazione normativa, nella misura in cui sono lasciati alla libera determinazione delle parti⁶.

Alla luce di ciò, la dottrina assolutamente prevalente, italiana e non solo, nel tentativo di estrarre il succo dell'interpretazione della norma in esame, ha elaborato una dicotomia concettuale che ha avuto (e continua ad avere) un enorme successo. Si intende qui far riferimento alla distinzione tra equilibrio normativo ed equilibrio economico del contratto⁷.

⁶ SIRENA, *Il giudizio di abusività delle clausole cd. economiche*, in Alpa – Levi, I diritti dei consumatori e degli utenti, Milano, 2001, 340 ss..

⁷ PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 429 ss.; OPPO, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in Riv. dir. civ., 1999, 536 ss.; NUZZO, *Accertamento della vessatorietà*, in AA.VV., Commentario al capo XIV del codice

Prima di porre in rilievo le conclusioni che, dal citato distinguo, gli interpreti hanno tratto in materia di giudizio di vessatorietà delle clausole del contratto consumeristico, occorre meglio delineare i termini di tale rapporto.

L'equilibrio normativo del contratto rappresenterebbe la sintesi delle posizioni giuridiche dei contraenti, l'assetto negoziale allocativo di diritti, obbligazioni, oneri, responsabilità e rischi. Si potrebbe affermare che l'equilibrio normativo costituisce la naturale traduzione delle scelte negoziali concrete effettuate dalle parti in termini giuridici astratti.

Visto da questa angolatura, il profilo propriamente giuridico del contratto viene per lo più identificato nell'insieme di tutte le condizioni e le clausole che regolano aspetti ulteriori rispetto alla mera determinazione delle prestazioni reciproche e del rapporto sinallagmatico tra esse, che viceversa appartengono senz'altro al profilo economico.

Secondo la dottrina tradizionale, lo squilibrio normativo può assumere altresì i connotati di uno squilibrio di tipo soggettivo; ciò in quanto, alcune tipologie contrattuali caratterizzate dalla presenza di particolari contraenti (sembra quasi superfluo, in questa sede, specificare di quali contraenti si tratti) risulterebbero maggiormente esposti al rischio di un disallineamento dei diritti e degli obblighi scaturenti dal regolamento negoziale.

Viceversa, per equilibrio economico del contratto dovrebbe intendersi più specificatamente il bilanciamento dei valori economici delle prestazioni oggetto di scambio, considerate non in se stesse, ma nel complesso dell'operazione cui accedono, nonché con riferimento ai valori riscontrabili nel mercato cui l'operazione stessa appartiene. Si avrà, di converso, squilibrio economico in presenza di una sproporzione valoriale delle prestazioni contrattuali determinate dalle parti.

civile: dei contratti del consumatore, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1997, 1145; RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"*, Napoli, 1997; CAPOBIANCO, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori (artt. 1469bis-1469 sexies)*, in *Vita. Not.*, 1996, 1152.

Su quale squilibrio rilevi affinché l'autorità giudiziaria possa procedere ad intervenire nell'esercizio del suo potere di esame circa l'abusività delle clausole contenute in un contratto concluso tra consumatore e professionista la quasi totalità degli interpreti non ha dubbi: soltanto l'eventuale squilibrio normativo. Il controllo riservato al giudice dagli artt. 33 ss. cod. cons. non potrà, quindi, estendersi sino al contenuto economico delle regole pattizie, in quanto la vessatorietà di una clausola va valutata considerando esclusivamente le natura del bene o del servizio oggetto del contratto, facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione, nonché ad altre clausole del negozio stesso o di un altro collegato.

Il convincimento circa la necessità di fondare la disamina del contenuto del negozio consumeristico avendo bene in mente la bipartizione appena descritta (equilibrio normativo – equilibrio economico del contratto) è solido, diffuso e pressoché indiscusso, al punto tale che può definirsi ormai invalso nel linguaggio del giurista italiano l'impiego di una formula quasi didascalica, a tenore della quale la disciplina delle clausole vessatorie si occupa del solo contenuto “normativo” (o giuridico o regolamentare) del contratto, e non di quello puramente economico.

L'efficace sintesi garantita dall'utilizzo di tale bipartizione ha riscosso (e continua a riscuotere) ampi consensi soprattutto nella prassi applicativa, come dimostra la tendenza della giurisprudenza a farne un impiego quasi automatico all'interno delle motivazioni⁸.

Non sono mancate, tuttavia, opinioni differenti le quali, in un panorama interpretativo ed applicativo pressoché uniformato, hanno tentato una

⁸ Trib. Ivrea, 1 settembre 2005, in *Giur. It.*, 2005, 2298; Trib. Bolzano, 11 aprile 2005, in *Riv. Dir. Priv.*, 2006, 851; Corte App. Roma, 24 settembre 2002, in *Foro. It.*, 2003, I, 351; Corte App. Roma, 7 maggio 2002, in *Foro. It.*, 2002, I, 2823; Trib. Roma, 28 ottobre 2000, in *Corr. Giur.*, 2001, 378; Trib. Roma, 31 agosto 1998, in *Foro It.*, 1998, I, 3343; Trib. Roma, 17 giugno 1998, in *Corr. Giur.*, 1998, 1098;

diversa ricostruzione della regola in esame, manifestando precise obiezioni alla dicotomia illustrata.

Innanzitutto è stato osservato⁹ come un'adesione incondizionata al principio secondo il quale sono soggette al test di abusività soltanto le condizioni negoziali diverse rispetto a quelle attinenti all'oggetto principale del contratto, porterebbe alla criticabile conseguenza per cui qualsiasi pattuizione esprima o contenga cifre e valori patrimoniali rischierebbe di essere attratta dal buco nero dell'art. 34, secondo comma, cod. cons.. Un simile automatismo risulterebbe pericoloso e potenzialmente lesivo degli interessi dei consumatori (che non potrebbero in nessun caso sottoporre al giudizio di vessatorietà una clausola di determinazione del prezzo), stante la difficoltà di delineare con estrema sicurezza i confini di un concetto sfuggente qual è quello del contenuto economico del contratto.

Secondo la citata opinione dottrinale la regola in esame prescriverebbe, invece, qualcosa di diverso. Essa imporrebbe di verificare, caso per caso, quali clausole concretamente rientrino nella sua capacità sussuntiva, tra tutte quelle, dalla natura più diversa, che astrattamente appaiono idonee ad essere prese in considerazione. All'interno di questo più esteso insieme di condizioni contrattuali, appartenenti ad una zona grigia collocabile tra quella possibile di controllo e quella esentata, il giudice dovrà quindi accertare, alla stregua dei differenti criteri ermeneutici messi a sua disposizione dalla legge, su quali determinazioni concentrare la propria valutazione.

E' stato inoltre argomentato, più in generale, come apparirebbe oltremodo forzata l'opportunità di una bipartizione netta tra specie distinte (l'anima economica e l'anima giuridica del negozio) di uno stesso genere (il contenuto del contratto), in quanto tale opzione classificatoria sarebbe

⁹FARNETI, op. cit., 43.

incurante delle obiezioni provenienti da studi di matrice economica e giuseconomica¹⁰, oltre che poco familiare a culture giuridiche vicine a quella nazionale¹¹.

Ancor più rare risultano essere le voci contrarie in ambito giurisprudenziale, in cui ha imperversato ed imperversa tuttora l'opinione dell'insindacabilità, da parte del giudice, degli eventuali profili di vessatorietà di una clausola a contenuto economico inserita all'interno di un regolamento pattizio.

La più autorevole voce fuori dal coro è stata quella della Corte di Giustizia Europea, la quale, in una famosa sentenza¹², ha affermato che l'autorità giudiziaria sia del tutto legittimata ad interrogarsi sulla possibile vessatorietà anche delle condizioni principali del contratto, qualora

¹⁰ ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, 39 ss.; PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1995, 537.

¹¹ Nella prassi tedesca, ad esempio, la quale vanta un' applicazione giurisprudenziale pionieristica in merito al tema in esame, i criteri di decodificazione della regola si sono orientati grossomodo, anziché in direzione di presunte varianti del contenuto contrattuale, verso le singole clausole ed in funzione della loro rilevanza nel contesto dell'intero negozio. La formula più usata e diffusa, prima dell'emanazione della direttiva 93/13/CEE, è stata a lungo quella che distingue, ai fini della sindacabilità giudiziale, tra pattuizioni principali (*Hauptkonditionen*, *Hauptpflichten*) ed accessorie (*Nebenabrenden*) circa la determinazione delle prestazioni contrattuali. Vedi sul punto BASEDOW, *Il controllo delle condizioni generali di contratto in Germania*, 435 ss..

¹² Il riferimento è alla sentenza CGUE del 3 giugno 2010, C- 484/08 (*Caja de Ahorros*), attraverso la quale la Corte di Giustizia si è occupata della materia delle clausole vessatorie e delle modalità con le quali gli Stati membri dell'Unione europea devono adattare le proprie regole nazionali alla direttiva 93/13/CEE. Interrogata circa la compatibilità col diritto sovranazionale di una disciplina interna, come quella spagnola, che ammette la possibilità per il giudice nazionale di operare una verifica del carattere abusivo delle clausole 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», la Corte ha deciso che la previsione, all'interno della normativa di uno degli Stati membri, di un siffatto accertamento giudiziario, non contrasta con il diritto dell'Unione, considerata la facoltà, concessa ai legislatori nazionali dall'art. 8 della direttiva comunitaria in questione, di elaborare meccanismi più severi di tutela dei consumatori. Per un'analisi puntuale della sentenza si veda VIGLIANISI FERRARO, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, in I Contratti, 10, 2010, 880 ss.

quest'ultime siano fonte di evidenti disequilibri a carico del consumatore, a prescindere dal fatto che esse siano redatte in maniera chiara e trasparente (ed è evidentemente quest'ultimo passaggio della pronuncia in esame ad essere stato maggiormente criticato¹³). C'è da aggiungere che la suddetta sentenza, seppur ha riscosso notevole risonanza tra gli interpreti, non ha avuto un grande seguito giurisprudenziale, rimanendo, nel suo genere, un caso isolato.

Lo scenario sin qui sinteticamente abbozzato, rende bene l'idea della complessità dell'argomento e della varietà degli approcci sperimentati per affrontarlo.

Dalle risultanze (come si è visto, più dottrinali che giurisprudenziali) emerse nel corso degli anni, infatti, seppur è emersa chiaramente la consapevolezza circa l'esistenza di una porzione di contenuto contrattuale sottratta al controllo contenutistico da parte dell'autorità giudiziaria, non sembrerebbe esservi stata altrettanta chiarezza in merito all'esatta identificazione del perimetro di tale porzione.

L'esistenza di un ambito precluso al giudizio di abusività è da sempre stata avvertita in maniera netta ed incontrovertibile (emergendo chiaramente dalla normativa dettata a protezione del consumatore), ma quando si è trattato di comprendere e di spiegare concretamente in che cosa esso consistesse, dove iniziasse e dove finisse nella topografia del contratto, l'accordo di opinioni è apparso più difficile da raggiungere.

Oggi il dibattito, come si avrà modo di constatare nel prosieguo del presente lavoro, sembra aver assunto nuova linfa ed essersi spostato dalla definizione del contenuto contrattuale (sia esso meramente normativo o economico) cui far riferimento nell'indagine sulla vessatorietà del contratto, al rinnovato ruolo assunto dalla trasparenza nella fase precedente e contingente al perfezionamento dell'accordo.

¹³ VIGLIANISI FERRARO, op. cit., 889 ss.

1.3 L'iter della norma. I modelli disciplinari di riferimento: il modello tedesco e la direttiva comunitaria

L'art. 34, secondo comma, cod. cons. costituisce il punto di approdo di un lungo percorso legislativo che, ovviamente, ha avuto un origine comunitaria.

Potrebbe apparire anacronistico ripercorrere tutte le tappe che hanno portato all'attuale formulazione della norma, così come soffermarsi su quelli che sono stati i suoi principali modelli normativi di riferimento. Tuttavia una siffatta analisi appare necessaria per due ordini di ragioni.

In primis in quanto, probabilmente, pochi sistemi di regolazione risultano essere così indissolubilmente legati alle differenti scelte storico-politiche che si sono succedute in passato quale quello emanato a tutela del consumatore. Ricordare le tappe dell'evoluzione del *Consumerism* al livello europeo e nazionale significa infatti richiamare alla memoria le varie fasi della stessa integrazione europea che, fin dai primissimi istanti della sua nascita, ha posto la tutela del contraente debole al centro della sua agenda politica e della sua volontà di armonizzazione delle differenti normative nazionali.

L'approccio storico alla problematica, inoltre, mai come in questo caso appare inevitabile, in quanto lascia trasparire, in modo evidente, come l'attuale disciplina in materia di giudizio di abusività sia il risultato di una precisa scelta politica, considerata all'inizio quale solo una delle possibili in merito al controllo giudiziale sulle clausole determinative del prezzo nei contratti del consumatore. I primi tentativi di regolamentazione della materia appaiono infatti, se osservati dalla prospettiva attuale dell'intangibilità della sfera economica dell'accordo quale corollario dell'intangibilità dell'autonomia privata, assolutamente eretici.

Appare interessante riesumere tali approcci normativi (poi, evidentemente, surclassati dall'affermazione dei principi che ben conosciamo) al fine di sottolineare come l'esigenza di interrogarsi circa la definizione del modello di controllo delle clausole principali del contratto non sia un fenomeno registrabile soltanto in tempi recenti, ma, anzi, abbia caratterizzato le primarie fasi della svolta consumeristica a livello europeo. L'archetipo normativo di riferimento della norma in esame è sostanzialmente duplice: la dir. 93/13/CEE, la quale, a sua volta, si è ispirata allo schema seguito, in materia di limiti al giudizio di vessatorietà, dalla allora legislazione tedesca, in particolare nell'§ 8 AGB – Gesetz (ora § 307, comma 3, BGB).

Fatta salva qualche deviazione lessicale, l'attuale formulazione dell' art. 34, comma 2, cod. cons. riporta, infatti, più o meno fedelmente la volontà contenuta nell'art. 4, n. 2, della dir. 93/13/CEE, ai sensi del quale "(...) la valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né 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, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile".

Prima di procedere all'analisi delle proposte di normazione immediatamente precedenti alla definizione delle citata direttiva, occorre però ricordare come, nel magma dell'incubazione, da parte degli organi comunitari, di una primordiale politica di protezione dei consumatori (lentamente progredita ed affinata nel corso degli anni '70 e '80), è possibile enucleare pochissimi riferimenti al tema dell'oggetto del contratto e della congruità dei prezzi di scambio. Essi, infatti, si riducono a semplici accenni occasionali.

Nell'ambito di uno dei primi interventi ufficiali degli organi comunitari in materia di politiche di protezione dei consumatori, ovvero il "*Programma preliminare della CEE per una politica di protezione ed informazione del*

consumatore”, allegato alla *Risoluzione* della Commissione del 14 aprile 1975, viene ad esempio indicato, quale obiettivo, anche il raggiungimento individuale di un miglior rapporto qualità - prezzo dei beni e servizi. Ancora, nel “*Parere in merito ad un programma di azione della CEE a favore dei consumatori*” espresso dal Comitato economico e sociale in data 12 dicembre 1979, si legge come “(...) se si vogliono ottenere risultati ottimali per il consumatore, è necessario che il sistema della concorrenza sia affiancato da disposizioni in materia di prezzo e di qualità dei beni e servizi”.

Si tratta per lo più di affermazioni generaliste, testimonianza di un nascente interesse della Comunità Europea verso politiche di monitoraggio dei prezzi, piuttosto che di tentativi di porre al centro del dibattito politico (e, conseguentemente, legislativo) il tema dell’ incisività dei controlli sui contratti dei consumatori.

Ulteriori considerazioni circa le modalità potenziali d’intervento a favore dei consumatori nel campo della negoziazione standardizzata affiorano nella “*Comunicazione*” della Commissione al Consiglio datata 14 febbraio 1984. In questa occasione traspare come l’ organo esecutivo comunitario sembra percepire la differenza tra, da un lato, le condizioni contrattuali standard, e, dall’altro, le condizioni che vengono definite quali “elementi di dettaglio” dei contratti - tipo con i consumatori (il prezzo, i termini di consegna, la descrizione della merce), in quanto suscettibili di variare, a differenza delle prime, da contratto a contratto. Tale differenza assume una importanza rilevante, secondo la Commissione, proprio in materia di contrattazione standardizzata, la quale, seppur strumento nato dall’esigenza di assicurare a taluni mercati strumenti negoziali che escludessero la possibilità di avviare trattative tra le parti finalizzate ad incidere sul contenuto definitivo del regolamento contrattuale, consente, nonostante tutto, “(...)un certo margine di manovra su taluni elementi come il prezzo o la specificazione della merce”.

Da queste affermazioni, in sintesi, è possibile oggi dedurre l' embrionale presa d'atto, da parte della Commissione, di una duplice circostanza: se è vero che la contrattazione standardizzata, per sua natura, pregiudica l'autonomia negoziale della parte aderente, è altrettanto vero, però, che in merito ad alcune specifiche clausole del negozio seriale continua a giocare un ruolo fondamentale lo scambio dei consensi tipicamente e tradizionalmente inteso. E la determinazione convenzionale delle prestazioni corrispettive a carico di ciascuna parte contraente rientra, senza alcun dubbio, nell'ultimo gruppo di condizioni contrattuali considerate.

Simili considerazioni meritano cenno perché sintomatiche di un atteggiamento di fondo che, come visto, emergerà in seguito, nella scelta definitiva, effettuata dal legislatore europeo, in materia di modello disciplinare da adottare.

Continuando nella difficile ricerca di riferimenti, antecedenti all'emanazione della direttiva 93/13/CEE, astrattamente riferibili alla tematica in esame, si può citare la "Risoluzione" sulle clausole vessatorie nei contratti del Parlamento europeo del 21 febbraio 1986. In essa l'organo legislativo comunitario si limita ad affermare, sempre in maniera piuttosto generica, che un'emananda direttiva dovrebbe "(...) basarsi sul principio secondo il quale le clausole di un contratto non dovrebbero avere effetti iniqui nei confronti di nessuna delle due parti contraenti".

La Commissione inoltre, un anno più tardi, presenta un "*Avant-project*" di direttiva in cui propone di considerare come inique anche le clausole negoziate individualmente dal consumatore con l'imprenditore. In questa occasione il programma di protezione specifica del contraente debole appare più estremo: si arriva addirittura ad affermare, all'interno del progetto, di architettare il modello di controllo delle clausole "(...) senza alcuna limitazione dell'ambito di applicazione oggettivo".

Il lungo percorso verso l'elaborazione di una proposta di direttiva in materia giunge finalmente a termine in seguito alla sollecitazione

contenuta nella risoluzione del Consiglio del 9 novembre 1989, nella quale si affermava come una normativa in materia di clausole vessatorie e contenuto del loro giudizio dovesse considerarsi “ (...) una priorità per il rilancio della politica comunitaria a favore dei consumatori”.

Ed è proprio in questi frangenti storici che si avvicendano gli sviluppi decisivi per il segmento normativo in discussione e per la complessiva connotazione protettiva dell'intervento legislativo. Sulla base delle citate sollecitazioni da parte degli organi comunitari si arriva, infatti, all'elaborazione di due proposte di direttiva in materia, le quali hanno gettato le fondamenta disciplinari per l'elaborazione del testo normativo definitivo.

Dalla prospettiva dell'indagine, ciò che risulta più interessante nell'evoluzione normativa verso l'approdo dell'art. 4, n.2, della direttiva 93/13/CEE è il fatto che, in entrambe le proposte antecedenti l'adozione del testo finale, non venga affatto enunciata in maniera esplicita, tra le coordinate generali del sistema di controllo di vessatorietà, un'esclusione relativa alle clausole sull' oggetto principale del contratto e sulla perequazione dello scambio come quella ora vigente. Secondo l'impressione di molti, anzi, dalla presenza di determinati indici rinvenibili sia nel testo normativo che nella motivazione di ciascuna proposta, si deve senz'altro dedurre che il controllo sopra quelle clausole, in un primo momento, agli occhi del legislatore europeo, fosse possibile¹⁴.

La “*Proposta di direttiva*” della Commissione CEE del 24 luglio 1990, ad esempio, introduce, sul piano generale, una definizione molto vasta di “clausola abusiva”, identificandola in quella che “(...) determini, in danno al consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”. Proseguendo, lo stesso articolo prevede inoltre che una clausola possa considerarsi abusiva se ha l'effetto di rendere “(...)

¹⁴ RIZZO, *Trasparenza e “contratti del consumatore”*, Napoli, 1997, 107; RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, 571.

l'esecuzione del contratto eccessivamente svantaggiosa per il consumatore”.

Per ciò che concerne l'oggetto in esame, non può non sottolinearsi come, nella citata disposizione, spicchi l'assenza di una previsione del tenore dell'art. 4, n. 2, della direttiva 93/13/CEE, che a tali ampie definizioni faccia da contraltare limitandone la capacità sussuntiva mediante un'esplicita eccezione.

Alcuni interpreti, pertanto, si convinsero che la proposta effettivamente estendesse forme di controllo anche sulle clausole descrittive delle prestazioni contrattuali e sulla congruità dello scambio tra esse. Secondo voci autorevoli¹⁵, ad esempio, l'ammissibilità di un controllo giudiziale su tali elementi sembrava potersi dedurre sia dal primo comma, dove la nozione di significativo squilibrio “ (...)sembra richiamare i requisiti della rescissione, seppur è ben lungi dal richiedere anche la lesione *ultra dimidium* o le condizioni di pericolo o di bisogno”, sia dal secondo comma, dove il riferimento allo “ (...) svantaggio eccessivo può richiamare alla mente l'eccessiva onerosità, che qui però non si richiede sia sopravvenuta, essendo per contro genetica”.

In quest'ottica, si aggiungeva, apparivano rivelatrici anche le affermazioni contenute nell'ottavo considerando della citata proposta, nel quale si precisava come, nel perseguire l'obiettivo della protezione degli interessi economici del consumatore, vanno considerate prioritarie le iniziative volte a “ (...) tutelare gli acquirenti di beni e servizi dall'abuso di potere dei venditori, in particolare nell'ambito dei contratti di adesione”.

Altri autori controbattono tuttavia che l'ottavo considerando della proposta, nel richiamarsi espressamente ai precedenti documenti ufficiali, in realtà si limitava a ripetere una formula ricorrente nell'intero arco del

¹⁵ ALPA, *Contratti standard dei consumatori: una proposta di direttiva comunitaria*, in *Contr. e impr.*, 1991, 889 ss..

lungo *iter* comunitario, riprendendo testualmente espressioni già utilizzate in testi normativi adottati in precedenza¹⁶.

La dottrina italiana tendeva per questo a far discendere l'apertura verso il "controllo economico" delle clausole piuttosto dalla lettera dell'art. 2, n.1, secondo comma, della proposta di direttiva, il quale bandiva le clausole in grado di rendere l'esecuzione del contratto eccessivamente svantaggiosa. A titolo esemplificativo basta citare chi, nel rammentare come il criterio generale di abusività prescelto dalla direttiva fosse " (...) frutto di un travaglio il cui esito è forse meno convincente delle formulazioni utilizzate nelle precedenti proposte", sottolineava come, nella prima versione, venissero prese in considerazione ipotesi di cd. squilibrio contrattuale sia in relazione alla disciplina normativa del contratto, sia in relazione all'equilibrio delle prestazioni scaturenti dallo stesso¹⁷.

Questa prima proposta di direttiva ha suscitato comunque reazioni controverse tra gli addetti ai lavori, soprattutto a causa della scelta di non fare distinzione, ai fini dell'applicazione del giudizio di sindacabilità, tra clausole predisposte unilateralmente e clausole negoziate individualmente. Inoltre, il solo profilarsi di timidi tentativi di interpretazione estensiva del contenuto del giudizio di vessatorietà, mise in allarme molti dei settori interessati all'*iter* legislativo, e sul segmento normativo in discussione si concentrarono critiche mirate a ribadire la necessità di mantener fede ai principi della libertà e dell'autonomia negoziale delle parti nella determinazione dell'equilibrio dello scambio contrattuale.

A livello politico, ad esempio, cercarono di imprimere aggiustamenti rassicuranti alla direttiva, sia il Parlamento Europeo, sia il Comitato

¹⁶ RIZZO, ult. op. cit., 560.

¹⁷ SCIARRONE-ALIBRANDI, *Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria n. 93/13 (clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)*, in Banca e borsa, 1993, I, 722 ss..

economico e sociale, suggerendo, nei rispettivi pareri, emendamenti *ad hoc*¹⁸.

Nonostante simili critiche, la successiva “Proposta modificata di direttiva” del 5 marzo 1993, pur articolandosi in diversi punti in maniera differente, ripropose la medesima idea di fondo. Essa, infatti, rimase fedele all’impostazione precedente, basata su una pluralità di standard di determinazione dell’abusività, limitandosi ad aggiungere un nuovo criterio direttivo del controllo giudiziale avente ad oggetto le “(..) clausole imposte al consumatore facendo leva sul potere economico del professionista e sulla debolezza intellettuale ed economica del consumatore stesso”.

Veniva confermata inoltre l’applicabilità del giudizio di abusività anche alle clausole che fossero state oggetto di negoziazione individuale, coerentemente alla precedente versione della direttiva.

La volontà legislativa di mantenere inalterato l’impianto normativo già delineato nella prima proposta di direttiva risulta ancor più in evidenza nella motivazione anteposta al nuovo testo normativo. Contrariamente alla volontà, auspicata dal Parlamento, di escludere dal campo di applicazione della direttiva i contratti contenenti clausole individualmente negoziate, ad avviso della Commissione appariva opportuno soltanto introdurre criteri più precisi per valutare il loro carattere iniquo, ma nessun dubbio sorgeva sul fatto che anche in tali ipotesi, comunque, risultasse possibile un controllo.

In linea generale, comunque, veniva ribadito, anche nel nuovo articolato, il modello assiologico di riferimento: l’idea che i principi della libertà contrattuale e del *pacta sunt servanda* possono essere soggetti a limiti soltanto se la protezione del consumatore appaia giustificata, a prescindere

¹⁸ I pareri del Parlamento e del Comitato economico e sociale sono pubblicati rispettivamente in G.U.C.E. del 16 dicembre 1992, n. C 326, 108 ss., ed in G.U.C.E. del 17 giugno 1991, n. C 159, 34 ss..

dal fatto che una clausola sia stata o meno espressamente negoziata dalle parti.

Soltanto ad uno stadio più avanzato del procedimento (e precisamente con la “Posizione comune del Consiglio del 22.9.1992”) l’incubazione del testo normativo si arricchisce di una prescrizione mirata appositamente ad escludere che le prestazioni principali del contratto e l’adeguatezza del rapporto tra prezzo e controprestazione possano essere oggetto del controllo contenutistico.

Tale modifica viene accompagnata, di pari passo, alla rinuncia a ritenere passibili di controllo anche le clausole oggetto di negoziato individuale.

Non si tratta evidentemente di una causalità o di una mera coincidenza temporale: il fatto che la disciplina veda restringersi l’ambito oggettivo di applicazione con esclusione delle clausole negoziate e venga simultaneamente introdotta la norma che sancisce l’esenzione del sindacato per le clausole principali, è la conseguenza dello stesso mutamento di prospettiva.

Il Consiglio, infatti, decide di stravolgere definitivamente il modello originario e di ricondurre l’intervento normativo alle sponde familiari dei soli contratti per adesione.

Una volta escluse dal raggio della disciplina le clausole individualmente negoziate tra professionista e consumatore, il legislatore sceglie altresì di riservare la stessa sorte a quelle concernenti la determinazione delle prestazioni contrattuali principali.

Dal diciannovesimo considerando della Posizione Comune, documento preliminare all’emanazione della soluzione definitiva del testo normativo, si legge come “ (...) ai fini della presente direttiva non possono essere giudicate come abusive le clausole che determinano l’oggetto principale di un contratto o il rapporto prezzo/prestazione della fornitura o del servizio”. Tale principio viene inoltre positivamente rafforzato nell’art. 4, n. 2 dell’allegata proposta, in cui viene ribadito che “(...) la valutazione del

carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né 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, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile”.

Quest'ultimo inciso normativo, come è noto, costituirà l'approdo definitivo dell' *iter* descritto.

Le scelte di politica del diritto che dominano la fase conclusiva del lungo percorso verso l'emanazione della direttiva 93/13/CEE si collocano in una fase (da alcuni definita) “discendente” della parabola della tutela del consumatore in ambito europeo¹⁹.

Dalla versione finale del testo vengono infatti espunti gli arresti più “progressisti” in direzione protettiva del contraente debole, poiché tali arresti avrebbero rischiato di allarmare le categorie produttive ed, in definitiva, il mercato. Il legislatore, pertanto, decide di procedere verso una strada giuridicamente ed economicamente battuta e riporta lo strumentario della normativa europea nell'alveo di soluzioni più moderate, ispirate a consolidati modelli nazionali.

Nessuna novità di rilievo sembra nemmeno apportare la “Proposta riesaminata di direttiva” del 26 gennaio 1993, approntata dalla Commissione in seguito ai pochi emendamenti presentati dal Parlamento Europeo all'esito della seconda lettura della proposta contenuta nella “Posizione Comune”. In essa gli ultimi adattamenti disciplinari concernono questioni diverse, mentre il tema delle clausole di determinazione dell'oggetto e delle prestazioni principali del contratto non viene più preso in considerazione, essendosi ritenuta soddisfacente l'impostazione maturata.

¹⁹ FARNETI, op. cit., p. 65.

Deve aggiungersi che, da un punto di vista generale, la versione finale della direttiva, così privata della facoltà di controllo giudiziale sulle clausole contrattate individualmente e sul merito delle scambio, è stata bollata da alcuni interpreti come una sostanziale rinuncia a proporsi come normativa di governo dell'economia. Tale svolta disciplinare, si è affermato, ha comportato fisiologicamente una diminuzione di incisività dell'operatività dell'intervento giudiziale in materia di abusività delle clausole contenute all'interno del contratto consumeristico. Una normativa così strutturata correrebbe cioè il rischio di non essere sempre in grado di operare efficientemente in taluni settori, rispetto alle clausole ivi diffuse.

Tuttavia, se sul piano di politica legislativa da più parti si è letta la versione definitiva della direttiva, soprattutto per quanto concerne il contenuto del giudizio di vessatorietà in essa contenuto, come rinuncia ad approntare una più incisiva protezione alla parte debole dell'accordo, sul piano più strettamente privatistico la maggior parte degli interpreti ha di buon grado accolto la corrispondente riespansione delle attribuzioni riservate all'autonomia privata, da intendersi come principio ineludibile della sussistenza stessa dell'ordinamento giuridico.

E' stato sottolineato²⁰, infatti, come l'art. 4, n. 2 della Direttiva, esprima l'idea che in un'economia non dirigistica l'autonomia privata, almeno in linea di tendenza, debba mantenere un ruolo prioritario nella determinazione del valore patrimoniale dei beni suscettibili di scambio, considerando che un criterio di valutazione di tipo economico, incentrato sulla misurazione dell'entità dei vantaggi e dei reciproci sacrifici patrimoniali dell'una e dell'altra parte, appare aleatorio. Pertanto un

²⁰ FURGIUELE, *Tre osservazioni e due corollari per l'attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Bianca e Alpa (a cura di), 471 ss.

controllo di tipo giudiziale sull'oggetto del contratto non sempre può essere effettuato attraverso l'utilizzo di parametri oggettivi²¹.

Il legislatore europeo finisce insomma per dare pieno ascolto alle più forti critiche rivolte contro i primi progetti di direttiva, esaudendole; in particolare, egli decide di accogliere proprio le censure fondate sull'ammonimento a non pregiudicare i principi della libertà contrattuale e dell'autonomia privata, repute a tutti gli effetti dogmi a priori degli ordinamenti giuridici occidentali, in ragione delle insostituibili funzioni che rivestono negli equilibri dell'economia di mercato²².

Diversi sono stati gli autori²³ i quali, agli albori dell'entrata in vigore della direttiva, precisarono che essa non dovesse trovare applicazione quando gli aderenti risultino essere vittime di prezzi esosi: gli abusi economici di una parte a danno dell'altra non rientrano nella materia disciplinata, poiché il legislatore muove pur sempre dalla premessa che la formazione dei prezzi debba essere affidata alle leggi economiche, al fine di evitare distorsioni del mercato (derivanti dalla circostanza che i consumatori non sarebbero più spinti a premiare le offerte migliori, ma accetterebbero qualsiasi prezzo, sicuri del successivo controllo giudiziale).

Occorre ribadire come la versione italiana del segmento normativo in esame risulta essere assolutamente speculare al modello comunitario; si registrano soltanto alcune sbavature di traduzione, il cui impatto non è così penalizzante ed incerto come invece in molti altri punti della direttiva trasfusa all'interno dell'ordinamento nazionale (ovvero all'interno del Codice del Consumo)²⁴.

²¹ PARDOLESI, *Clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Il Foro It.*, 1994, V, 148.

²² RIZZO, ult. op. cit., 571 e ss..

²³ BIANCA e ALPA, ult. op. cit., 363 e ss..

²⁴ ALPA, *Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*, in *Contratti*, 1994, 113; DE NOVA, *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole standard abusive*, 1993, 356; CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole cd vessatorie*, in *Eur. e dir. Priv.*, 1998, 6; BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. E impr. Eur.*, 1996, 438.

Lasciando per ora da parte l'ultimo inciso della disposizione normativa (che attiene alla trasparenza delle clausole), l'attività degli interpreti si concentra fin dal principio sulla bipartizione interna della norma: definizione dell'oggetto principale del contratto e perequazione tra il prezzo ed i beni e servizi offerti.

Appare ad essi evidente, cioè, che il precetto disciplinare in commento si riferisca a due distinti ordini di fattispecie: le clausole descrittive dell'oggetto del negozio da un lato, l'adeguatezza del rapporto tra i valori economici delle prestazioni rispettivamente a carico del professionista e del consumatore dall'altro.

Quanto al primo profilo, valorizzando la singolarità dell'aggettivo "principale", diviene convinzione diffusa che la direttiva intenda in realtà alludere in modo soltanto atecnico alla categoria "oggetto del contratto", impiegandola più che altro nel senso di contenuto astratto e, quindi, di tipo negoziale. Non limitandosi a denunciare una carente chiarezza della prescrizione, alcuni Autori ritengono dunque di poter sciogliere la questione interpretativa affermando che la suddetta porzione di norma serve ad "(...) impedire che da un tipo contrattuale, identificato nel suo oggetto, cioè nelle prestazioni, si desuma a priori il carattere abusivo delle clausole"²⁵.

Se così fosse, tuttavia, la funzione della presenza della prescrizione in oggetto all'interno del sistema delineato dalla direttiva 93/13/CEE sarebbe nettamente ridimensionata. Una regola simile potrebbe infatti agevolmente dedursi, *a contrario*, dalla semplice valutazione dei connotati fondamentali del giudizio di abusività in quanto tale, nonché, più precisamente, dall'esistenza dei criteri di accertamento in concreto di cui all'art. 4, n.1. Non a caso coloro i quali ricostruiscono il concetto di oggetto principale del contratto in termini di tipo contrattuale, sono poi costretti a ritenere

²⁵ BUSNELLI-MORELLO, *La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in Riv. Not., 1995, I, 374.

problematica la coesistenza dell'inciso normativo in esame con quella dell'art.4, n.1, a norma del quale la valutazione di abusività deve essere effettuata tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetti del contratto²⁶.

Quanto al secondo profilo, per contro, grazie ad un dettato normativo inequivocabile, gli interpreti non hanno la benché minima incertezza nel riconoscere, al segmento normativo in esame, quel significato preponderante e caratteristico che finisce per egemonizzare tutti i discorsi relativi all'art. 4, n. 2. In esso individuano, cioè, il luogo di positiva emersione dell'idea per cui, ai fini dell' esatta applicazione della direttiva 93/13/CEE, lo squilibrio rilevante per la qualifica di abusività è solo uno squilibrio di tipo normativo e non anche uno squilibrio di tipo economico. E ciò risulta possibile nonostante proprio lo squilibrio rilevante venga descritto e formulato dall'art. 3, n.1, della direttiva, negli ampi ed omnicomprensivi termini del significativo squilibrio dei diritti ed obblighi delle parti derivanti dal contratto.

Al fine di proseguire la strada della ricostruzione di tipo storico dell'evoluzione subita dalla norma in oggetto, occorre precisare come il modello disciplinare di derivazione a monte dell'art. 4, n.2, della dir. 93/3/CEE, debba a sua volta essere rintracciato in un consolidato tipo normativo espresso nel sistema di uno degli Stati membri. Il legislatore europeo, infatti, ha mirato al preciso obiettivo di traslare, nella normativa consumeristica comunitaria, la disciplina tedesca sulle condizioni generali di contratto, in particolar modo il principio espresso nell' allora § 8 AGB-Gesetz (ora § 307, comma 3, del BGB)²⁷.

²⁶ ROPPO, ult. op. cit., 396; BUSNELLI-MORELLO, ult. op. cit., 112.

²⁷ BONELL, *Prime osservazioni in ordine alla recente legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in Giur. Comm., 1977, I, 479 ss.; WILL, *Le condizioni generali di contratto secondo la nuova legislazione tedesca: la loro disciplina nei rapporti interni ed internazionali*, in Riv. Dir. Comm., 1979, I, 77 ss..

La citata norma tedesca stabiliva che il controllo contenutistico del giudice potesse estendersi “(...)soltanto alle clausole inserite in condizioni generali di contratto, con le quali vengano pattuite regole volte ad integrare norme giuridiche, ovvero a derogarvi”.

A ben vedere, dunque, nella formulazione dell' § 8 AGB-Gesetz non vi era alcun riferimento espresso alle clausole di determinazione del prezzo o dell'oggetto del contratto.

Nonostante ciò, la dottrina tedesca²⁸, unanimemente, ha sempre riconosciuto l'esistenza di un secondo significato nascosto della norma dietro l'apparenza di un tenore letterale al dir poco generico. Siffatta duplice e celata accezione della regola in esame sarebbe proprio quella confluita in maniera espressa, in un secondo momento, nella direttiva comunitaria: il contenuto economico del contratto sarebbe sottratto all'indagine giudiziaria volta ad accertare eventuali profili di vessatorietà delle clausole in esso contenute.

Diverse le argomentazioni, ricorrenti nell'allora prassi applicativa del modello disciplinare tedesco, volte a ritenere ricomprese, nell'ambito applicativo della norma, anche le clausole principali del contratto, seppur non espressamente ricomprese nel modello normativo.

Da un punto di vista logico, il primo argomento che si incontrava può così riassumersi: dal momento che tanto l'oggetto della prestazione contrattuale, quanto la determinazione del prezzo e del rapporto di scambio dei beni e dei servizi dedotti nel negozio, rappresentano, di regola, oggetto di accordi individuali, allora le clausole che li contengono debbono ritenersi escluse dall' eventuale controllo contenutistico da parte dell' autorità giudiziaria, già per il semplice fatto di non costituire condizioni generali di contratto.

²⁸ FARNETI, op. cit., 80 e ss..

Tuttavia, si è fatto notare, come, al contrario, l'interpretazione ricorrente in materia di § 8 AGB-Gesetz riteneva che non fosse mai consentito un sindacato sulle clausole sul prezzo e sulle prestazioni principali del contratto anche nell'ipotesi in cui dette clausole facessero parte di condizioni standardizzate e risultassero, perciò, oggetto della più pura, completa ed incondizionata predisposizione unilaterale.

A fronte di tale obiezione si riteneva, dunque, che l'argomento descritto non potesse considerarsi, da solo, sufficiente a comprendere il motivo per cui le clausole principali, secondo il modello dell' AGB-Gesetz, non dovessero ritenersi controllabili da parte del giudice.

Al fine di perorare la causa della riconducibilità anche delle clausole principali del contratto, seppur non esplicitamente contemplate dalla norma, nell'ambito di applicabilità del controllo di vessatorietà, la dottrina tedesca, pertanto, era solita abbracciare una seconda argomentazione, certamente utilizzabile anche qualora le clausole a contenuto economico fossero contenute in contratti standardizzati.

Tale argomentazione si fondava sulla considerazione che, sulle clausole in esame, senza dubbio si concentrasse in via preferenziale l'attenzione dell'aderente.

Si affermava infatti che, pur dinanzi ad un contratto predisposto unilateralmente dal professionista nella sua interezza, l'aderente - consumatore, sebbene spogliato della libertà di determinarne i contenuti, si trovasse ancora in possesso di quella misura minima, seppur decisiva, di autonomia negoziale, consistente nella libertà di rifiutare la conclusione del contratto e di rivolgersi altrove sul mercato al fine di trovare condizioni maggiormente rispondenti alle sue aspettative. Le scelte dell'aderente che accede sul mercato sarebbero, infatti, orientate in modo molto pragmatico quasi esclusivamente sulla comparazione tra le varie offerte espresse dagli standard contrattuali in tema di qualità del bene o del servizio, prezzo,

rapporto qualità-prezzo, ed è sulla base di tali offerte che egli decide di accettare o di rifiutare la proposta contrattuale.

Per tali ragioni la citata dottrina concludeva che siffatti elementi, in quanto significativi e caratterizzanti la scelta contrattuale, non possono non essere contemplati nel corso del procedimento volitivo. Pertanto escluderli dal controllo, come fa il modello dell' AGB-Gesetz, dà corpo all'idea che sia giusto "(...)separare il nocciolo duro dell'operazione economica, rispetto al quale le parti si assumono avvertite, dal complesso di pattuizioni di contorno, su cui grava il sospetto di disattenzione da parte dell'aderente"²⁹. Da questo punto di vista, si continuava ad argomentare, i rischi tipici della predisposizione unilaterale (o della negoziazione) si celerebbero altrove, ma di certo non in corrispondenza di elementi così decisivi per il rapporto negoziale in corso di formazione, quali quelli economici.

Il modello di contraente a cui fa riferimento questo secondo argomento interpretativo è, pertanto, un soggetto capace di autodeterminazione, quantomeno nella sua vita economica.

In questa visione le clausole principali e le clausole negoziate sono accomunabili, nella loro insofferenza al controllo di abusività decretata per legge, non in virtù del fatto che esse siano state o meno oggetto di trattative tra le parti, ma in quanto, per la loro importanza all'interno del regolamento negoziale, si ritiene che esse siano state certamente valutate ed incluse nel procedimento decisionale, che si assume ponderato e razionale.

Alle esposte due argomentazioni se ne aggiungeva un'altra, di carattere pragmatico, in base alla quale deve ritenersi che il controllo non possa aver luogo rispetto alle clausole principali, in quanto il giudice non sarebbe in grado di valutarle, a causa della carenza di parametri giuridici alla luce dei

²⁹ PARDOLESI, ult. op. cit., 150.

quali condurre il giudizio. Con ciò si allude alla carenza di punti di riferimento normativi sulla base dei quali espletare il controllo di abusività e, quindi, decidere se una data clausola concernente il prezzo della prestazione di un contratto deroghi, rispetti o integri una norma giuridica. Il suddetto argomento finiva con il divenire il più forte di tutti quanto a capacità persuasiva, poiché faceva di fatto crollare la stessa suscettibilità delle clausole a contenuto economico di essere sottoposte a sindacato giudiziale.

Quello che è stato definito il secondo significato nascosto dell' § 8 AGB-Gesetz è divenuto pertanto, sulla scorta dell'interpretazione unanime della dottrina tedesca, il significato primario e la norma tedesca si è definitivamente imposta quale modello vincente rispetto a quelli rinvenibili negli ordinamenti di altri Paesi membri, nonché quale prototipo normativo al quale il legislatore europeo ha scelto di adeguarsi.

La regola contenuta nell'art. 4 n. 2 della direttiva 93/13/CEE rappresenta, dunque, l'epilogo di vicissitudini ed il punto d'arrivo di un procedimento lungo e tormentato, che almeno in un paio di momenti, nel corso del suo svolgimento, ha visto la volontà del legislatore comunitario assestarsi temporaneamente, ma significativamente, su approdi di tutt'altro segno.

Ciò a riprova del fatto che la regola in parola non può essere considerata ed analizzata in una dimensione asettica ed astratta, come se si trattasse di un termine storico ed insuscettibile di approcci interpretativi differenti da quello tradizionale. Al contrario è possibile rintracciare alle sue spalle un avvicinarsi di volontà politiche, modelli alternativi e soluzioni compromissorie che ne tradiscono una forte connotazione valoriale, oltre che la possibilità di concepire un sistema di controlli giudiziali costruito in maniera differente, o addirittura a prescindere da essa³⁰.

³⁰ Sul punto occorre inoltre precisare che in alcuni Stati membri la regola dell'art. 4, par. 2, per scelta non è stata recepita, in conformità al carattere minimale dell'armonizzazione voluta dall'art. 8 della direttiva 93/13/CEE. Nei Paesi nordeuropei e scandinavi, ad

1.4 Possibile superamento del modello tradizionale? Struttura del lavoro di ricerca e metodo utilizzato

All'esito dell'iter storico qui ricostruito, il modello definitivo adottato dal legislatore europeo e, quindi, nazionale, è stato dunque quello dell'esclusione del contenuto economico del contratto dal giudizio di vessatorietà, in ossequio al dogma dell'autonomia privata, immanente e caratterizzante i moderni ordinamenti giuridici occidentali.

Si è già fatto in precedenza un breve accenno alle differenti opinioni dottrinali che, sin dall'entrata in vigore della regola in esame, ne hanno contestato l'opportunità e la convenienza in termini di effettività della tutela offerta al consumatore³¹. Tali riflessioni, tuttavia, potrebbero essere facilmente tacciate di faziosità e, dunque, le si lascerà ai margini del presente lavoro, teso ad indagare la sussistenza di una possibile rinnovata lettura del giudizio di abusività, al di là di ogni riflessione in merito alle scelte di politica legislativa.

Non occorre tra l'altro scomodare siffatte impostazioni tradizionali per porre in luce come la forza dell'intangibilità delle clausole a contenuto economico presenti delle crepe. Basta una più attenta analisi del dato testuale a dimostrare che lo stesso legislatore ha ritenuto opportuno, nel dettare la norma in esame, smussarne gli angoli.

esempio, il controllo giudiziale sulle clausole relative al prezzo, anche se contenute in contratti individuali, è regolarmente praticato.

³¹ A titolo esemplificativo, in FARNETI, op. cit., 20, si legge: "La ricerca (...) intende mostrare come dietro il tabù dell'autonomia privata (e dell'intangibilità dei contenuti contrattuali principali) più in particolare si mascheri spesso una disapplicazione strumentale ed imperita di principi che dovrebbero appartenere alla pura e semplice regolarità economica che, senza dubbio, ispira e plasma le norme giuridiche di settore. Inutile avvertire che così facendo si assicurano all'imprenditore, a totale danno del suo antagonista, profitti ed utilità che nemmeno in virtù della mera logica economica giuridificata egli avrebbe titolo per trattenere".

Volendo riprendere l'illustrazione esegetica e sistematica del contenuto precettivo dell'art. 34, secondo comma, cod. cons., non può nascondersi, infatti, come l'assolutezza del principio in esso contenuto, così come la netta distinzione tra profilo giuridico – regolamentare e profilo economico del contratto, appare indebolita dalla presenza di almeno due correttivi normativi.

Innanzitutto al primo comma dell' art. 34 cod. cons., il legislatore precisa che la vessatorietà delle clausole possibili di controllo deve essere valutata “(...) tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto” e soprattutto “ (...) facendo riferimento alle altre clausole del contratto medesimo, o di un altro collegato da cui dipende”. Tale norma contiene, con tutta evidenza, una forte attenuazione alla rigida separazione tra profilo normativo e profilo economico del contratto , visto che da essa discende la conseguenza secondo la quale le clausole che determinano il corrispettivo, pur non costituendo in sé oggetto immediato del controllo, potrebbero essere tuttavia prese in considerazione dal giudice in via indiretta, ovvero al fine di far emergere la vessatorietà (apprezzabile sul piano normativo) di altre clausole³².

Di tale circostanza, inoltre, è la stessa direttiva 93/13/CEE a dare all'interprete esplicita conferma, quando chiarisce, al diciannovesimo considerando, che è stata sì intenzione del legislatore comunitario lasciare fuori le clausole che illustrano l'oggetto principale del contratto o il rapporto qualità/prezzo della fornitura o della prestazione da ogni giudizio diretto di abusività, ma che la disciplina pretende che si tenga conto in ogni caso delle medesime clausole “(...) nella valutazione del carattere abusivo di altre clausole”, ovvero di tutte le altre condizioni del contratto aperte al controllo.

³² DE NOVA, op. cit., 38; SIRENA, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in Comm. SHLESINGER, 875. In senso contrario vedi DE POLI, *Rivista Diritto Civile*, 99, II, 757, secondo il quale “(...)il corrispettivo dovrebbe assumere rilievo per valutare la vessatorietà di altre clausole, solo lì dove non sia stato individuato in modo chiaro e comprensibile”.

A ben guardare, in realtà, una simile prescrizione può comportare una duplice ed opposta ripercussione in ordine alla valutazione delle clausole riguardanti il corrispettivo o l'oggetto principale del contratto. Come è stato sottolineato³³, infatti, il giudizio indiretto sulle clausole a contenuto economico (indiretto in quanto finalizzato all'esame di altre clausole inserite all'interno del regolamento contrattuale) può assumere rilievo tanto al fine di far emergere la vessatorietà di una determinazione negoziale, quanto al fine di escluderla. Per cui una clausola che, di per sé, si presentasse come significativamente squilibrata, potrebbe non essere considerata vessatoria ove risultasse compensata da un prezzo talmente basso da rendere il complessivo assetto negoziale accettabile per il consumatore.

In secondo luogo, l' enunciato legislativo in oggetto consente che il sindacato giudiziale possa estendersi anche in via diretta alle clausole che definiscono l'oggetto del contratto, qualora esse siano formulate in modo poco chiaro e comprensibile.

Il legislatore, quindi, ammette eccezionalmente il giudice a porre al centro della sua indagine circa l'abusività delle clausole contenute nei contratti *Business to Consumer* (cosiddetti "B2C") anche l'adeguatezza del corrispettivo della prestazione contrattuale, purchè esso sia individuato in maniera oscura, o qualora il contraente forte violi gli obblighi di trasparenza posti a suo carico.

Quale significato attribuire però alla violazione delle norme sulla trasparenza quale veicolo del giudizio di nullità della clausola contrattuale?

Risulta impossibile rispondere sinteticamente a tale ultimo quesito, in quanto risulta altresì estremamente difficile inquadrare la precisazione in materia di trasparenza delle clausole contenuta nell'ultima parte dell'art.

³³ PARDOLESI, ult. op. cit., 94; SIRENA, ult. op. cit., 876.

34, secondo comma, cod. cons, quale semplice eccezione al disposto generale, visto che l'ampiezza della sua portata, così come è stata declinata dalla recente prassi applicativa, consente quasi di stravolgere le conseguenze del controllo giudiziale sul regolamento contrattuale.

In recenti occasioni, infatti, la Corte di Giustizia Europea , in materia di clausole inserite nella contrattualistica bancaria (ad esempio in tema di clausole sulla determinazione del tasso di interesse nei contratti di mutuo fondiario), ha precisato come una clausola inerente all'oggetto principale del contratto debba considerarsi redatta in modo chiaro e trasparente, non soltanto quando essa risulti intelligibile per il consumatore su un piano grammaticale e formale, ma altresì quando sia in grado di esporre il funzionamento concreto del meccanismo al quale la clausola si riferisce, nonché la relazione tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole, in modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano.

Il giudice comunitario sempre più spesso fa ricorso al criterio della conoscibilità delle conseguenze economiche di una clausola da parte del consumatore, quale declinazione del più generale obbligo di trasparenza, quasi a voler dimostrare, con le sue decisioni, come l'eccezione dello squilibrio economico non possa ossificare il giudizio di vessatorietà della clausola.

Alla luce di tali ricostruzioni giurisprudenziali, sorgono pertanto spontanei ulteriori quesiti.

E' possibile affermare che gli obblighi di trasparenza posti a carico del professionista stiano divenendo il mezzo per introdurre anche il criterio della valutazione del contenuto economico nel giudizio sulla validità e sulla eventuale nullità del contratto? Per poter sancire la nullità di una clausola contrattuale in virtù della sua inidoneità a rendere il consumatore edotto circa le conseguenze economiche da essa scaturenti, si rende infatti

necessaria una disamina del contenuto economico della stessa, sulla stregua della quale sarà poi possibile comprendere come l'obbligo di *disclosure*, che si presume disatteso, doveva essere congegnato.

E' pertanto possibile affermare che vada via via concretizzandosi un tentativo di ridimensionamento del dogma dell'intangibilità dell'equilibrio economico del contratto, come certa dottrina, da più di un decennio, ha argomentato? E' possibile affermare ciò anche alla luce della sempre più diffusa tendenza dei giudici a declinare, persino il giudizio di vessatorietà, in termini solidaristici, facendo ricorso a principi generali quali quello della buona fede? E ancora: tale tendenza interpretativa ha un carattere meramente emergenziale (in quanto elaborata per tentare di arginare gli effetti della crisi economica degli ultimi anni) o assume i connotati di una innovativa inversione di marcia in tema di identificazione dei presupposti del giudizio di vessatorietà?

Il presente lavoro tenterà di dare una risposta a tali quesiti, concentrandosi in particolar modo sulle clausole a contenuto economico inserite all'interno della contrattualistica bancaria, attraverso una attenta analisi delle più autorevoli voci dottrinali che si sono espresse sul tema, nonché delle decisioni giurisprudenziali e dell'Arbitro Bancario e Finanziario.

CAPITOLO SECONDO

IL GIUDIZIO DI TRASPARENZA: DALLA CONCEZIONE DI TRASPARENZA QUALIFICATA A QUELLA DI TRASPARENZA ECONOMICA

2.1.1 Egesi del dato normativo. La portata del principio di trasparenza nel giudizio di vessatorietà delle clausole principali

La ricostruzione dei limiti e dei criteri del giudizio di vessatorietà sin qui esaminata, deve essere necessariamente completata con l'analisi di un ulteriore elemento introdotto dal legislatore (comunitario prima, e nazionale a seguire) nella formulazione del dato normativo di riferimento; elemento che ha reso il quadro d'insieme più complesso ed ha aperto (e, come vedremo, continua ad aprire) nuovi scenari interpretativi nell'ambito del sindacato di abusività delle clausole attinenti alla determinazione dell'oggetto e del corrispettivo della prestazione inserite nel contratto del consumatore.

Dell'art. 34, comma secondo, cod. cons. resta infatti da esaminare l'ultima proposizione, che in apparenza sembra stabilire un'eccezione alla regola dell'insindacabilità del contenuto economico del contratto sin ora decretata.

La norma, come è noto, specifica infatti che la valutazione giudiziale dell'oggetto del contratto e dell'adeguatezza del corrispettivo vanno escluse “(...) purchè tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile”.

Nella prospettiva proposta, l'analisi dell'esatto funzionamento dell'intero modello di controllo dipende anche dalla comprensione di quest'ultima affermazione normativa: il perché si svelerà in tutti i suoi aspetti nel corso del capitolo.

L'inciso normativo ora sotto la lente d'ingrandimento, nella sua apparente semplicità di formulazione, ha destato in realtà diversi dubbi interpretativi ed è stato oggetto di molteplici ricostruzioni dottrinali quanto al suo esatto significato; ai fini di una esauriente disamina del giudizio di controllo, esercitato tramite lo strumento della trasparenza, sul contratto consumeristico, è inevitabile dare atto di tali perplessità esegetiche.

Nel complesso gli interpreti alle prese con il precetto in parola hanno incontrato una certa difficoltà, *in primis*, a distinguerne la portata fondamentale: ci si è chiesti, infatti, se il richiamo alla trasparenza di cui all'art. 34, secondo comma, cod. cons., fosse dotato di una propria autonomia funzionale (e pertanto fosse annoverabile quale eccezione al principio dell'intelligibilità delle clausole principali) ovvero se dovesse essere ricondotto nell'alveo di altre disposizioni normative più rilevanti (quali, ad esempio, l'art. 35 cod. cons.), delle quali costituirebbe una mera specificazione.

Gli interpreti hanno altresì discusso circa le modalità concrete attraverso le quali opererebbe lo strumento della trasparenza, nell'ambito del giudizio di vessatorietà, rispetto alle singole fattispecie considerate.

Non solo. Dubbi sono sorti anche in merito all'individuazione della reale *ratio* della disposizione normativa in oggetto e, in ultimo, al contenuto del giudizio di trasparenza; la soluzione di tale ultimo dibattito costituisce il vero cuore della ricostruzione esegetica dell'art. 34, secondo comma, cod. cons., nonché il terreno sul quale, la recente giurisprudenza comunitaria, sembra offrire nuovi ed interessanti spunti di riflessione.

Appare fondamentale, pertanto, esaminare più nello specifico tutte le ipotesi ricostruttive ipotizzate che, viste nell'insieme, dipingono un quadro variegato e problematico al cui interno solo a fatica si riesce a scovare un'idea sufficientemente condivisa.

Innanzitutto, come già anticipato, le discussioni interpretative più accese hanno riguardato la stessa portata dell'inciso normativo qui in oggetto.

L'impressione più diffusa è stata, ed è tuttora, quella che ritiene di poter arguire dal linguaggio del legislatore la volontà di ritagliare una vera e propria eccezione all'applicabilità generalizzata della regola espressa dall'art. 34, secondo comma, cod. cons., ovvero alla ordinaria insindacabilità delle clausole sull'oggetto e sull'adeguatezza del corrispettivo³⁴; così segnalerebbe l'uso della congiunzione "*purché*" con significato avversativo.

Tuttavia anche su quest'ultimo dettaglio linguistico si diversificano le versioni: c'è chi³⁵, ad esempio, ritiene che l'uso della congiunzione "*purché*" segnali come "(...)la violazione del principio di trasparenza debba rilevare come condizione negativa del giudizio di vessatorietà", mentre altri autori³⁶ ritengono che occorre superare la mera lettera della legge, così da dedurre la volontà legislativa di escludere l'accertamento di vessatorietà con riguardo all'oggetto del contratto e, al contempo (non *purché!*), precisare che anche la clausola riferita all'oggetto deve essere formulata in modo chiaro e comprensibile.

Talvolta descritta anche come clausola di riserva o come condizione negativa per la valutazione giudiziale, in genere la subordinata ha fatto però pensare all'eccezionale apertura di una breccia all'interno dell'area contrattuale più protetta, solitamente proibita all'intervento del giudice.

Ma al di là di questa caratterizzazione generalizzata, la puntualizzazione operata dalla norma ha generato perplessità ed indecisioni, per taluni dovute ad un impatto precettivo percepito come ambiguo e discutibile, appesantito dall'*impasse* interpretativa prodotta da una presunta "cattiva

³⁴ Il rapporto tra le due proposizioni dell'art. 34, comma 2, cod. cons. viene descritto in termini di una dialettica "regola - eccezione", tra gli altri, de RIZZO, op cit., 106; ROPPO, ult. op. cit., 40; PODOGHE, I contratti con i consumatori, Milano, 2000, 137.

³⁵ SIRENA, ult. op. cit., 861 ss.

³⁶ BARENGHI, Art. 34, in Codice del consumo. Commentario, a cura di V. Cuffaro e con il coordinamento di Barba e Barengi, 3a ed., Milano, 2012, p. 162 e 165..

formulazione³⁷; nella migliore delle ipotesi la determinazione della sua portata pare dover fare i conti con un malgevole adattamento alla prescrizione principale, con la quale sembra “porsi in contraddizione”³⁸, al punto da non lasciare chiaramente ad intendere se, negli equilibri del problema complessivo, abbia più peso la regola o l’eccezione³⁹.

Non a caso, per altri interpreti, il riferimento alla trasparenza di cui all’art. 34, secondo comma, cod. cons., non sarebbe qualificabile come deviazione dalla strada maestra del giudizio di insindacabilità delle clausole a contenuto economico (e, pertanto, dotato di una propria valenza indipendente), ma apparirebbe, al contrario, privo di contenuti autonomi, limitandosi a ribadire puramente e semplicemente qualcosa di connaturato al sistema delle regole di interpretazione delle dichiarazioni negoziali⁴⁰ oppure a ripetere e specificare un principio già sancito, in termini generali, dall’art. 35, primo comma, cod. cons.⁴¹.

L’ultima norma citata, come è noto, codifica espressamente la regola della trasparenza del contratto, sancendo come, nell’ambito dei negozi in cui tutte le clausole o talune di esse sono proposte al consumatore per iscritto, le suddette devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile. Emerge allora evidente l’erroneità della rubrica dell’art. 35 cod. cons. (“forma ed interpretazione”), dato che il legislatore non pone un requisito di forma (*ad substantiam* o *ad probationem*), ma impone un obbligo di trasparenza a carico del professionista⁴².

³⁷ NUZZO, op. cit., 1147.

³⁸ SIRENA, ult. op. cit., 861 ss.

³⁹ DE POLI, ult. op. cit. 759.

⁴⁰ CIAN, op. cit., 548.

⁴¹ Per tutti MEUCCI, Commento all’art. 35, in AA.VV., Codice del Consumo, Commentario, a cura di Vettori, Padova, 2007, 366.

⁴² Di forma “*ad transparentiam*” parla invece PENNASILICO, L’interpretazione dei contratti del consumatore, in Il diritto dei consumi, a cura di Perlingieri e Caterini, I, 152 ss ed inoltre in Metodo e valori nell’interpretazione dei contratti. Per un’ ermeneutica contrattuale rinnovata, Napoli, 2011, I, 317 ss.

Stante la presenza della citata opinione dottrinale che riconduce il riferimento alla trasparenza di cui all'art. 34, secondo comma, nell'alveo dell'art. 35 cod. cons., è opportuno altresì inserire una brevissima digressione concernente il perimetro contenutistico di quest'ultima norma.

Il termine "trasparenza" contenuto nel citato articolo di legge viene utilizzato in modo riassuntivo, al fine di esprimere il concetto di informazione completa ed adeguata, e deve pertanto intendersi come chiarezza e comprensibilità del testo contrattuale: essa consiste nel dovere, per il professionista, di far conoscere al consumatore le condizioni contrattuali, (anche) prima della stipula del contratto stesso.

Secondo una diffusa opinione, informazione e trasparenza si identificano, o al più sono due facce della stessa moneta, in quanto la trasparenza è nient'altro che una qualità informativa⁴³.

Tuttavia, tra informazione e trasparenza intercorrono innumerevoli differenze.

Gli obblighi di informazione sono bilaterali o reciproci: entrambi i contraenti debbono comportarsi secondo correttezza, in modo che ciascuna parte, qualora abbia informazioni rilevanti, le comunichi alla controparte. Gli obblighi di trasparenza, invece, sono unilaterali, e gravano soltanto su di un contraente (il predisponente) a tutela della controparte (l'aderente quale contraente debole): il che non stupisce, se si pensa che la trasparenza è per definizione finalizzata ad ovviare a situazioni di asimmetria informativa.

Le differenze non sono esaurite. Gli obblighi di informazione hanno ad oggetto tutte le circostanze di rilievo che attengono alla contrattazione da porre in essere, anche e soprattutto esterne al contenuto del contratto. Gli obblighi di trasparenza hanno ad oggetto solamente le clausole del contratto. Inoltre, gli obblighi di informazione esulano dalla tecnica di conclusione del contratto, nel senso che essi sussistono a prescindere dalle modalità

⁴³ GRECO, Profili del contratto del consumatore, Napoli, 2005, 91 ss.

attraverso le quali lo stesso viene a perfezionarsi. Gli obblighi di trasparenza occuperebbero invece, per alcuni autori (ma la suddetta opinione risulta ormai superata), soltanto l'area delle condizioni generali di contratto, ovvero del contratto unilateralmente predisposto. Pertanto, se il contratto è oggetto di trattative, non vi sarebbe spazio per l'operare degli obblighi di trasparenza; se il contratto è unilateralmente predisposto, vi sarebbe invece spazio per la coesistenza degli obblighi di trasparenza e degli obblighi di informazione⁴⁴.

La differenza tra i due tipi di obbligo sembrerebbe trovare altresì un riconoscimento codicistico. L'art. 2, secondo comma, cod. cons., distingue infatti l'obbligo di informazione dall'obbligo di trasparenza, separandoli anche topograficamente, e collocandoli l'uno sotto la lettera c), e l'altro sotto la lettera e)⁴⁵.

Questo, in breve, il contenuto celato nelle trame normative dell'art. 35, primo comma, cod. cons., di cui, secondo la dottrina sopra citata, l'art. 34, secondo comma, cod. cons. sarebbe una mera specificazione.

Rientrando nel recinto per un attimo abbandonato, quello della discussione interpretativa inerente l'esatta portata dell'utilizzo del criterio della trasparenza nell'ambito del sindacato di abusività, occorre infine accennare ad un'ulteriore ipotesi dottrinale⁴⁶ la quale ritiene che il precetto dell'art. 34, secondo comma, cod. cons., nonostante l'utilizzo della congiunzione "purché" con sfumatura avversativa, la quale, come appena visto, ha avuto un ruolo dominante nel condizionare la decodificazione della regola, va letto come un *unicum*, nel senso che la seconda parte della disposizione normativa contribuisce a determinare il significato della prima parte, anziché rappresentarne l'eccezione. Anche tale ipotesi ricostruttiva, quindi, si distacca dall'opinione maggioritaria che vede nel riferimento allo

⁴⁴ MINERVINI, Principio di trasparenza, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di Irti, Milano, 2011, 977s.

⁴⁵ BENUCCI, in *Comm. Vettori*, op. cit., 32 ss.

⁴⁶ Sul punto vedi FARNETI, op. cit., p.307, nt 97.

strumento della trasparenza l'eccezione all' insindacabilità delle clausole inerenti all'oggetto ed al prezzo del contratto, compiendo però un passo ulteriore: quello di considerare il giudizio di trasparenza uno dei tanti elementi del giudizio di vessatorietà, il quale dovrà intendersi come una fattispecie a formazione progressiva.

2.1.2 Rapporto del principio della trasparenza con il giudizio di vessatorietà

I dibattiti sviluppatosi intorno all'esegesi della normativa in esame non si sono affatto limitati all'indagine circa la sua portata. Resta ancora incerto, soprattutto, in che modo la formulazione oscura o non trasparente delle clausole debba ripercuotersi concretamente sulla loro valutazione di vessatorietà; in termini più semplici, la seconda discussione inerente l'art. 34, secondo comma, cod. cons., ha avuto ad oggetto le modalità attraverso le quali il sindacato di abusività sulle clausole contrattuali potrebbe estrinsecarsi e produrre i suoi effetti per il tramite del giudizio di trasparenza.

Sul tema si può incontrare chi si proclama senz'altro favorevole alla vessatorietà (e quindi alla nullità) della clausola "principale" oscura o incomprensibile. Alcuni interpreti⁴⁷, infatti, ritengono che la violazione del precetto di trasparenza in questi casi può essere oggetto ed elemento sufficiente del giudizio di abusività, trasformandosi in un parametro di valutazione immediata dello stesso sindacato di vessatorietà.

Si muovono in quest'ottica anche altri autori⁴⁸ i quali rammentano come "(...)la stessa mancanza di trasparenza possa dar luogo all'inefficacia della clausola, produttiva di una situazione di squilibrio a carico del consumatore

⁴⁷ FALCO, sub art. 1469-quater, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Milano, 1999, 155.

⁴⁸ VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, 137 s.

proprio perché intrasparente, dato che l'oscurità può considerarsi in sé e per sé pregiudizievole della posizione del consumatore stesso”.

Dell'opinione opposta, invece, quanti ritengono si debba, in tali ipotesi, riconoscere al giudice il potere di praticare un vero e proprio controllo di vessatorietà (dall'esito quindi incerto) anche su quella clausola. In questa stessa corrente, poi, si può annoverare chi, ai fini della valutazione giudiziale, apprezza la violazione della trasparenza come “(...)indice autonomo di squilibrio in grado di determinare vessatorietà”⁴⁹, avvicinandosi dunque alla prima opinione (dalla quale lo divide soltanto il passo seguente, che fa dell'oscurità un indice di valutazione autonomo del semplice squilibrio⁵⁰) più di quanto vicina non sia, invece, un'altra variante ricostruttiva, la quale autorizza a tutti gli effetti un giudizio di vessatorietà ex art. 33, comma 1, cod. cons., cioè imperniato sull'accertamento dello squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi contrattuali contrario a buona fede⁵¹.

2.1.3 Ratio e contenuto dell'inciso normativo

Avvicinandosi alla conclusione della presente digressione esegetica sull'art. 34, secondo comma, cod. cons., non può non essere affrontata la tematica della *ratio*, nonché quella del contenuto della regola della trasparenza

⁴⁹ Così MASUCCI, in Commento all'art. 1469-quater, in Barenghi (a cura di) La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile, Napoli, 1998, secondo cui “(...)il difetto di trasparenza è indice di squilibrio al quale si può rimediare, un volta effettuato il giudizio di vessatorietà, con l'inefficacia”.

⁵⁰ BARENGHI, in op. cit., 50, il quale considera “(...)la trasparenza un criterio di valutazione della vessatorietà autonomo dal semplice squilibrio, in grado di determinare la nullità della clausola anche laddove il contenuto e l'effetto della particolare disposizione non siano, in sé considerati, vessatori, ma lo possano diventare se oscuri o incomprensibili”.

⁵¹ La variante sostiene, in particolare, che l'oscurità della clausola non sia da sola sufficiente a far ritenere superato il livello di squilibrio necessario per riscontrare vessatorietà, occorrendo, per contro, verificare specificatamente se l'inserimento della clausola nel regolamento negoziale “(...)determini o meno uno squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi delle parti contrario a buona fede”; così Poddighe, op. cit., 140 ss.

imposta dal legislatore. Anche al fine di proseguire nello svolgimento del discorso perseguito dal presente lavoro, occorre infatti rispondere a due domande fondamentali: quali sono le ragioni per le quali vengono richiesti al professionista degli obblighi di trasparenza più incisivi (tali cioè da divenire dirimenti ai fini del giudizio di vessatorietà) in materia di condizioni contrattuali con contenuto economico? In che modo il consumatore può ritenersi soddisfatto circa l'ottemperamento dei suddetti obblighi da parte del professionista?

Quanto alla risposta alla prima domanda, un vero passo in avanti verso il risultato di una coerente decodificazione della norma, lo si compie seguendo la traccia di un'osservazione in apparenza elementare. Il significato del principio di trasparenza in rapporto alle finalità specifiche della disciplina non sta tanto nel garantire la comprensibilità linguistica delle clausole di un contratto, quanto piuttosto nel contribuire alla protezione del consumatore contro la predisposizione di clausole dagli effetti potenzialmente vessatori⁵². Vanno di conseguenza tenuti distinti due piani di rilevanza del principio di trasparenza: il primo, relativo alle esigenze minime di intelligibilità delle dichiarazioni negoziali, di cui si occupano già, in vario modo, le regole generali del sistema, ricavabili ad esempio dagli artt. 1341, 1346 e 1418, secondo comma, cod. civ.⁵³; il secondo (relativo, al contrario, ad una serie di questioni non riducibili alla mera comprensibilità linguistica) la cui disciplina è affidata, appunto, all'articolo in discussione.

⁵² SIRENA, ult. op. cit., 864 ss., il quale specifica che in tale ambito, inoltre, la promozione della trasparenza persegue pure l'indiretta finalità di far sì che il professionista rispetti le regole della correttezza, sia in senso verticale (rispetto alla controparte) sia in senso orizzontale (rispetto ai suoi concorrenti).

⁵³ NUZZO, op. cit., 1147, il quale invita a non sovrapporre due prospettive diverse (perché si applichi l'art. 3, comma 2, cod. cons., è comunque necessario che la clausola sia intelligibile, entrando altrimenti in gioco la nullità ex artt. 1346 e 1418 comma 2 cod. civ. per indeterminabilità dell'oggetto e del corrispettivo), e individua la peculiarità della norma nel fatto di attribuire al giudice "(...)la possibilità di valutare se la mancanza di chiarezza e comprensibilità sia strumentale ad uno squilibrio contrario a buona fede: nel qual caso la nullità dovrebbe peraltro conseguire soltanto a seguito di una valutazione complessiva, in mancanza di altre clausole che riequilibrino il contratto".

Di quali questioni si tratti, più in particolare, dipende dal metodo che, a monte, si sceglie per comprendere e ricostruire la portata del modello di controllo e dei suoi limiti.

Ad esempio, in una prospettiva che rifiuti di inquadrare l'inciso sulla trasparenza come eccezione alla regola dell'art. 34, secondo comma, cod. cons. (negando, cioè, che esso serva ad ampliare il novero delle clausole controllabili da un punto di vista contenutistico), la precisazione dell'inciso normativo oggetto di analisi serve piuttosto ad impedire che il professionista strumentalizzi un difetto di trasparenza per sottrarre al giudizio di abusività una clausola che, invece, vi dovrebbe essere di per sé assoggettata, poiché integrativa o modificativa di norme giuridiche.

Nella chiave funzionale, diversamente, il punto decisivo è che il principio di trasparenza, applicato al contesto in esame, deve impedire al professionista di approfittare della mancanza di chiarezza per alterare "(...)un corretto funzionamento del mercato e della concorrenza, rendendo al consumatore impossibile la scelta ottimale"⁵⁴.

Una volta riconosciuta e definita la *ratio* entro la quale si muove, opera e si esaurisce l'attitudine protettiva del modello seguito dalla disciplina in commento, va riconosciuto pure che l'intervento giudiziale autorizzato da quel modello è circoscritto alla compensazione dei soli *deficit* del sistema che il consumatore non sia in grado di evitare in via autonoma.

Si fa riferimento, qui, alle attitudini regolative della struttura concorrenziale del mercato, che mette in competizione offerte meno convenienti ed offerte più appetibili, nonché alla capacità del consumatore di accedere a queste ultime rifiutando le prime.

Il soggetto destinatario dell'intervento protettivo, quindi, si presume capace di osservare, conoscere, valutare e decidere tra diverse offerte contrattuali: in una parola, capace di compiere scelte razionali (o ottimali) di mercato.

⁵⁴ RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"*, (La novella del codice civile), Napoli, 1997, 117.

Così ragionando, va detto, si dà per presupposto qualcosa che invece, da diversa angolatura, ci si adopera proprio per smitizzare: ovvero che il soggetto in considerazione sia effettivamente e fisiologicamente in grado di tenere sul mercato comportamenti di quel tipo.

Sembrerebbe quasi che la disciplina relativa alla sindacabilità delle clausole principali non sceglie di trattare il consumatore come un contraente debole *tout court*: lo vede invece come un soggetto astrattamente idoneo ad essere mediamente informato e prudente, capace di autodeterminazione ed in grado di curare in modo autonomo i propri interessi, sulla base delle informazioni che gli vengono di volta in volta fornite.

Proseguendo nel ragionamento, per mettere il consumatore in grado di compiere tali scelte razionali, neanche a dirlo, diventano quindi fondamentali le informazioni relative all'offerta contrattuale, ed il fatto che quelle informazioni siano trasparenti. In caso contrario, dovesse risultare ostacolata la sua facoltà di comprensione, comparazione e confronto tra le offerte (soprattutto economiche), il meccanismo concorrenziale sarebbe messo fuori uso ed il mercato fallirebbe.

Se dunque, già a livello generale, risulta evidente la centralità della trasparenza, le constatazioni da fare sono ancora più significative in relazione allo specifico tema delle condizioni contrattuali a contenuto economico, soprattutto in ragione del fatto che, notoriamente, le decisioni del consumatore sono guidate quasi esclusivamente dalla considerazione di alcuni punti essenziali del contratto da stipulare, sui quali si svolge la concorrenza⁵⁵, tra i quali spicca, con tutta evidenza, il prezzo ed il modo in cui esso viene determinato.

L'esigenza di formulazione trasparente delle clausole, perciò, deve riconoscersi tanto più pressante ed ineludibile, quanto più esse si riferiscano

⁵⁵ Marcatajo, *Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection*, in *Europa e diritto privato*, 2000, p. 751 ss;

a quei punti capaci di attirare l'attenzione del consumatore, e di condizionarne autodeterminazione e decisione negoziale.

Per quanto concernono le ragioni alla base dell'introduzione dello specifico inciso normativo in oggetto nell'ambito del modello di controllo delineato dall'art. 34 cod. cons., l'opinione prevalente conclude che la trasparenza, per sua natura, non è un "valore – fine", ma un "valore – mezzo", giacché è volta al perseguimento di scopi ulteriori.

Tra gli obiettivi ulteriori che la trasparenza è istituzionalmente finalizzata a perseguire vi è quello del riequilibrio delle posizioni contrattuali. La trasparenza, consentendo scelte consapevoli del consumatore, agisce sul piano della condotta del professionista, vincolato alle informazioni fornite, ed indotto ad evitare condizioni particolarmente sfavorevoli e gravose per il consumatore, che spingerebbero altrimenti quest'ultimo a non stipulare il contratto ed a rivolgersi ad altri.

La trasparenza persegue altresì il fine di incentivare la competitività e l'efficienza del mercato, consentendo la possibilità di comparazione da parte dei consumatori, e favorendo così il gioco della concorrenza.

In sintesi la trasparenza, attraverso il riequilibrio del contratto, i vincoli che comporta per le scelte del professionista, e l'effetto di ricaduta in termini di concorrenzialità del mercato, costituisce uno strumento potente per un assetto più corretto ed equilibrato delle relazioni contrattuali.

Assodata la *ratio* della norma in esame, si può ritornare a questo punto alla questione del significato che occorre attribuire al principio di trasparenza in rapporto alle finalità dell'art. 34, comma secondo, cod. cons., anch'essa questione di non immediata soluzione.

All'idea di trasparenza contrattuale, infatti, si tende a ricondurre trasversalmente una gran varietà di problematiche: si è rilevato come, nel tempo, la nozione abbia cominciato a difettare di connotazioni precise, tanto

da descrivere più un problema che un concetto giuridico vero e proprio⁵⁶, osservandosi altresì come l'entusiasmo dovuto all'ingresso del vocabolo della trasparenza nel linguaggio consumeristico ha finito per inflazionarne un uso "(...)quasi irriflesso, naturale, senza una precisa individuazione di ruoli e di significati, al punto da richiedere volta per volta la specificazione delle diverse accezioni utilizzate"⁵⁷.

Non vi sono dubbi che, primariamente, nel concetto lato di trasparenza possa essere ricondotto quello della comprensibilità linguistica e grammaticale delle condizioni contrattuali. Tutte le clausole, vessatorie oppure no, essenziali o accessorie, aventi contenuto normativo o economico, proposte al consumatore per iscritto o oralmente, debbono essere perciò redatte in modo chiaro e comprensibile.

La chiarezza va riferita innanzitutto ad una redazione con caratteri leggibili, e cioè alla veste grafica: la clausola, ad esempio, non deve essere posta in micrografia allo scopo di farla passare inosservata o di farla considerare, sebbene onerosa, di scarsa importanza. La comprensibilità (o intelligibilità), invece, va riferita al contenuto, il quale deve essere formulato in modo tale da rendere edotto il consumatore dei propri diritti ed obblighi attraverso la lettura del testo⁵⁸.

Tuttavia, più che distinguere la chiarezza dalla comprensibilità, in quanto ciò che è chiaro è anche comprensibile e viceversa, occorre individuare il criterio alla stregua del quale le suddette caratteristiche vanno valutate.

La chiarezza e la comprensibilità non possono essere apprezzate alla stregua del linguaggio tecnico (anche se al tecnicismo del linguaggio settoriale non si può rinunciare del tutto). Le formule tecniche assicurano precisione del dettato, ma non sempre sono comprensibili dal consumatore.

⁵⁶ DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, 3 ss.

⁵⁷ ALPA, *Quando il segno diventa comando: la trasparenza dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Economia e diritto del terziario*, 2003, 8ss.

⁵⁸ GIAMMARRIA, *in Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Comm. Schlesinger, 1021ss.

Quanto alla presenza di eventuali tecnicismi quindi, al fine di verificare la trasparenza di una clausola, si è osservato come occorre aver riguardo ad un consumatore medio, di ordinaria diligenza, peraltro nel contesto di tutte le circostanze del caso concreto, come, ad esempio, prassi e consuetudini di affari del settore.

Intravedere però nel cuore del contenuto del principio di trasparenza la sola comprensibilità linguistica della clausola, significherebbe ignorare le fondamentali ragioni protettive del contraente debole per le quali il suddetto principio è stato introdotto. Il “tipo” di trasparenza che entra qui in considerazione, infatti, è stato inteso in un senso allo stesso tempo più ampio e più specifico.

Non appiattendosi sull’intelligibilità e sulla chiarezza lessicale, il problema della trasparenza nelle clausole “principali” racchiude virtualmente una gamma di ipotesi che esulano dalla mera oscurità intrinseca della dichiarazione e si traducono piuttosto, in senso lato ed in vario modo, in un offuscamento dell’impatto che la clausola potrebbe avere sulla decisione del consumatore, ove fosse correttamente considerata ed intesa.

E’ proprio questo che si intende dire quando si afferma che l’art. 34, secondo comma, cod. cons. serve qui a tutelare chi non si sia accorto, al momento della stipulazione del contratto, delle effettive difficoltà o della reale dimensione della prestazione alla quale egli o il professionista è obbligato, e quindi all’effettivo onere derivante dal contratto, ovvero pure quando si conclude, a livello più generale, che la trasparenza è “(...)l’indicazione non equivoca dei punti fondamentali e dei termini dell’accordo”⁵⁹: la stessa trasparenza che spesso, vista nell’ottica delle informazioni da fornire *ex ante*, anziché da quelle del controllo *ex post*, esige l’indicazione formale e necessaria dei “punti essenziali” concretizzanti

⁵⁹ BUONOCORE, Contratti d’impresa, contratti dei consumatori, in Riv. Dir. Civ., I, 3, 1995, 631.

il “programma economico”, cioè la determinazione del contenuto contrattuale con l’individuazione delle prestazioni a carico delle parti⁶⁰.

In questo senso a rilevare è una trasparenza qualificata⁶¹ e specifica, ossia calibrata sull’attenzione, la percezione e la determinazione negoziale del consumatore; essa va perciò verificata al metro dell’influsso che quella particolare formulazione può avere sulla percezione dell’operazione contrattuale⁶², oltre che alla luce delle legittime aspettative del consumatore. Ancora una volta, quindi, i contenuti dell’attività di verifica e di valutazione richiesta all’interprete si determinano guardando alle finalità e alla funzione del giudizio da effettuare.

La specificità del principio di trasparenza e dei contenuti che esso acquisisce rispetto alle clausole principali del contratto (o con contenuto economico che dir si voglia), trova, tra l’altro, conferma nella differente caratterizzazione che le analisi più accorte deducono dalle sue varie dimensioni di rilevanza. Così, evidenziandone la dimensione protettiva nella fase della conclusione del contratto (quella in cui viene presa la decisione negoziale), si fa rilevare in particolare che una violazione del precetto di chiarezza a questo livello è idonea ad impedire il comportamento razionale del contraente, spogliandolo della *chance* che il mercato gli offre a supporto della sua attitudine all’autotutela responsabile⁶³. Il fatto che il consumatore decida soltanto sulla base di quei punti essenziali sui quali si concentra la sua attenzione dovrebbe comportare, allora, che ad un difetto di trasparenza nella loro individuazione corrisponda anche una presunzione di squilibrio

⁶⁰ ALPA, Il diritto dei consumatori, Roma, 2002.

⁶¹ FARNETI, op. cit., 294 ss.

⁶² Pertanto saranno decisivi il testo contrattuale e la situazione specifici, ed in particolare nel senso che il carattere “principale” o meno della clausola, e quindi la sua esenzione dal controllo, di fatto dipenderanno anche da come la clausola stessa sia stata presentata al consumatore, da come egli l’abbia percepita: a tal fine occorrerà altresì prendere in considerazione la collocazione “topografica” e la posizione della clausola all’interno del contratto, oltre che le sue modalità topografiche di stampa e quelle redazionali in genere.

⁶³ DI GIOVANNI, op. cit., 22.

materiale, diversamente da quanto in astratto potrebbe concludersi per un difetto di trasparenza che cadesse su altri profili contrattuali.

Se rispetto alle clausole in grado di suscitare l'attenzione prevalente e prioritaria del consumatore e di influenzarne le decisioni deve ammettersi, a maggior ragione, un' esigenza di formulazione trasparente, è perché le stesse clausole dissimulate, occultate o mascherate sfuggono alla sua attenzione, e quindi alla percezione che quel soggetto ha dell'offerta contrattuale.

In questi casi la decisione di concludere il contratto risulta distorta: la volontà del consumatore si dirige verso un offerta che non ha potuto valutare in rapporto alle altre presenti sul mercato, e la specifica clausola si è perciò sottratta alle dinamiche concorrenziali⁶⁴.

E' per questo motivo che le clausole influenti sulla volontà negoziale del consumatore richiedono in massima misura l'applicazione di un controllo di trasparenza. Anzi, richiedono quel controllo proprio nella stessa misura in cui rifiutano, all'opposto, di sottostare ad un controllo contenutistico in senso stretto: rifiutano cioè una verifica basata sull'accertamento di un intrinseco squilibrio sostanziale da esse determinato.

Lo dimostra il solito ragionamento: poiché quelle sono le clausole colte dall'attenzione del consumatore, e sono di regola esposte ai meccanismi del mercato, un controllo giudiziale sul loro contenuto potenzialmente squilibrato non è ammesso poiché sarebbe in contrasto col modello di intervento, i presupposti teorici e le scelte di valore che lo giustificano. Le stesse clausole devono sottostare però alla verifica di trasparenza, volta proprio ad accertare che esse non siano state occultate all'attenzione del consumatore e sottratte alle dinamiche concorrenziali.

E' insomma la stessa logica che esclude dal controllo giudiziale quelle clausole o le riacquista al controllo se non sono indicate in modo chiaro e

⁶⁴ Per considerazioni di questo genere cfr. RIZZO, op. cit., 117; MARCATAJO, op. cit., 782.

comprensibile. Ed è questa stessa logica che l'art. 34, secondo comma, cod. cons., esprime coniugando in uno stesso unitario enunciato normativo due dimensioni tematiche (collegandole attraverso la subordinata "purché") apparentemente intelligibili in forma dissociata.

Da tale punto di vista la soluzione formale adottata dalla disposizione italiana va senz'altro valorizzata, anche nel confronto con il suo prototipo normativo europeo, nella misura in cui agevola la corretta comprensione del dispositivo di controllo.

In questa chiave pertanto, in modo del tutto coerente alla finalizzazione e alle aspirazioni protettive del modello d'intervento accolto dalla direttiva e poi dal codice del consumo, la disciplina delle clausole vessatorie nel suo complesso si giustifica e si spiega come compensazione di specifici *deficit* del sistema dovuti alla predisposizione di clausole che, per qualsiasi motivo, si sottraggono all'attenzione del consumatore.

In altri termini, il modo in cui gli artt. 33 ss. cod. cons. reagiscono ai pericoli della predisposizione contrattuale concretizza in generale un'idea: quando le clausole si sottraggono comunque all'attenzione del consumatore vanno sottoposte a controllo giudiziale.

Se d'altra parte si tratta di condizioni che riguardano aspetti secondari del regolamento contrattuale, quasi mai l'attenzione del consumatore si appunta su di esse: non prendono parte ad una vera concorrenza, le virtù regolative del mercato sono poste fuori gioco e non ha senso perciò affidarsi all'autodeterminazione del contraente responsabile. La conseguenza sarà la loro sottoposizione ad una valutazione giudiziale di "squilibrio" sostanziale (un controllo "contenutistico" in senso stretto) condotta secondo le regole degli artt. 33 e 34, primo comma, cod. cons..

Sugli aspetti "principali", all'opposto colti e soppesati dal consumatore al momento della decisione negoziale, di regola si svolge la competizione concorrenziale, in modo tale da delegittimare una valutazione giudiziale sul loro contenuto potenzialmente squilibrato. Qui l'attenzione presuntivamente

presente del consumatore, in rigorosa coerenza con le premesse, può essere stornata solo strumentalizzando la carente “chiarezza e comprensibilità” nella formulazione delle clausole. La conseguenza sarà la loro sottoposizione ad una verifica giudiziale di trasparenza.

Ci si rende conto che l’idea sottostante al comma secondo dell’art. 34 cod. cons. (e sottostante all’intero modello di intervento descritto e connotato da quella disposizione) è una sola: sottrarre una clausola negoziale all’attenzione e alla capacità di valutazione del consumatore legittima il controllo del giudice.

Detto altrimenti. Per compensare quella mancanza di attenzione del consumatore (presunta in certi casi, da appurare in altri) che potrebbe tradursi in vessatorietà delle condizioni contrattuali, la disciplina prevede in generale uno stesso genere di reazione: l’apertura della clausola al sindacato giudiziale. Il fatto che poi, nel caso specifico, si tratti di condizioni presumibilmente apprezzate e considerate dal consumatore, cioè importanti negli equilibri della decisione negoziale e dunque esposte alle dinamiche concorrenziali, di per sé impedisce che possa trattarsi di un controllo della specie “contenutistico in senso stretto”, volto all’accertamento di un significativo squilibrio sostanziale. Lo stesso fatto impone però che a quelle clausole si applichi la specie di controllo a ciò destinata ed idonea: la verifica di trasparenza.

La trasparenza restituisce lo specifico criterio di giudizio per la verifica di quelle clausole; verifica che non rappresenta nient’altro che una sottospecie dello stesso genere di controllo di vessatorietà introdotto a livello generale dalla disciplina: è la declinazione del controllo di vessatorietà rispetto alle clausole a contenuto economico.

Di principio, allora, nessuna porzione di un contratto del consumatore è esclusa a priori dalla valutazione giudiziale. Anche le clausole relative alla determinazione dell’oggetto ed all’adeguatezza del corrispettivo devono essere controllate, sotto lo specifico profilo della trasparenza, e possono

essere eventualmente riconosciute vessatorie nel caso in cui sfuggano all'attenzione ed alla percezione del consumatore.

E' proprio questo il senso ultimo della precisazione contenuta nella seconda parte dell'art. 34, secondo comma, cod. cons. L'interprete alle prese con un contratto del consumatore non può lasciar fuori dalla verifica nessuna clausola per pura definizione: solo perché la riconosca, ad esempio, appartenente alla sfera della prestazione principale, del prezzo o delle condizioni economiche. Deve piuttosto verificare (al metro di quella trasparenza specifica che incide sulla percezione e l'autodeterminazione del contraente in fase di stipulazione) se la clausola, per come formulata, appartenga o meno all'insieme degli elementi che presuntivamente attirano l'attenzione del consumatore e vengono presi in considerazione negli equilibri del suo procedimento decisionale.

Se così facendo riconoscesse nella clausola tali caratteri, quest'ultima eviterà anche la valutazione in base al criterio del significativo squilibrio: è una clausola principale in senso proprio. Se invece l'interprete accertasse che la clausola avrebbe presuntivamente attirato l'attenzione e sarebbe stata determinante per la decisione negoziale del consumatore, ma ciò di fatto non è accaduto perché la sua concreta formulazione ha impedito al contraente di coglierne l'importanza, significa che la clausola non soddisfa gli specifici requisiti di trasparenza richiesti in queste circostanze, e va dichiarata vessatoria ex art. 34, secondo comma, cod. cons.

Per quanto riguarda il problema della valutazione e dell'accertamento di vessatorietà sulle clausole indicate all'art. 34, comma secondo, cod. cons., la riflessione, di nuovo, non può evidentemente trascurare che si tratta di quegli elementi del contratto nel cui esclusivo apprezzamento il consumatore compie la scelta di negoziazione. Dato che qui la sua attenzione si assume presente per definizione, a rigore l'unico sistema per ostacolarlo nella piena comprensione dei termini effettivi del rapporto consisterà nell'impiego strumentale di formule, linguaggio e altri

accorgimenti tecnici tali da rendere inaccessibile o sfuggente la comprensione di quanto concordato in rapporto alle limitate capacità di un contraente non professionale.

Si mostra in questo passaggio, in tutta la sua evidenza, la portata “sostanziale” che vanta il principio di trasparenza in rapporto alle clausole in esame; esiste insomma un legame indissolubile tra la loro formulazione chiara e comprensibile ed il contenuto potenzialmente squilibrato del contratto.

Ciò proprio perché l’inclusione o la mancata inclusione di un punto fondamentale del contratto tra i moventi della decisione incide necessariamente sulla valutazione di convenienza operata dal consumatore che scelga razionalmente tra le varie offerte del mercato. E’ questo che si cerca di porre in risalto quando si ricollega al difetto di trasparenza su tali profili una potenziale perdita di *chance* di mercato.

Non appena ci si avvede che, secondo la *ratio* del modello promosso, uno squilibrio, un disvalore sono da considerarsi impliciti quando gli elementi fondamentali del contratto non siano trasparenti, si è anche riconosciuto che il giudizio di vessatorietà, declinato rispetto a quegli elementi, è la verifica specifica di trasparenza.

Il perimetro applicativo della norma in esame è stato quindi ricostruito dalla dottrina (come si è visto, non senza qualche discussione) nei termini anzidetti, seppur, occorre dire, al dibattito circa il contenuto della regola della trasparenza richiesta dal legislatore per la valida formulazione delle clausole principali del contratto consumeristico poco ha partecipato la giurisprudenza.

Rare sono state infatti le occasioni, come già sottolineato in precedenza nell’ambito del presente lavoro, in cui i giudici, sia in ambito nazionale che in quello comunitario, in seguito all’entrata in vigore della famigerata direttiva sulle clausole vessatorie, sono stati chiamati ad esercitare il sindacato di abusività su condizioni contrattuali attinenti alla

determinazione dell'oggetto del contratto o all'adeguatezza del corrispettivo per il tramite dello strumento valutativo della trasparenza.

Per esigenze di completezza, è opportuno qui richiamare brevemente i suddetti interventi giurisprudenziali.

In ambito nazionale, in applicazione della seconda parte dell'art. 34, secondo comma, cod. cons., la giurisprudenza ha ritenuto ad esempio vessatorie, in quanto non trasparenti (nonostante si trattasse di clausole attinenti alla determinazione dell'oggetto del contratto), le clausole che, in un contratto di assicurazione contro gli infortuni, escludano l'indennizzo in caso di conseguenze riconducibili allo stato non integro e sano dell'assicurato, ovvero sospendano la copertura durante il servizio militare⁶⁵; allo stesso modo, in un contratto di mediazione, sono state ritenute vessatorie, poiché formulate in maniera oscura, benché incidenti sull'oggetto, le clausole che attribuiscono al mediatore il diritto alla provvigione per il solo fatto di aver reperito una proposta conforme alle richieste⁶⁶.

Più proficua è stata la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, la quale si è espressa sul tema d'indagine proprio in occasione di clausole principali oscure inserite in contratti conclusi dal consumatore con intermediari bancari e finanziari (ovvero la tipologia di negozi sui quali si sta maggiormente focalizzando l'attenzione nel presente lavoro).

A titolo esemplificativo, nel caso di un contratto di credito al consumo privo dell'indicazione del TAEG, la Corte era stata interrogata circa la possibilità di considerare il costo del credito non trasparente (in quanto indicato in modo non sufficientemente chiaro e comprensibile, poiché espresso mediante una somma di denaro composta da molteplici spese accessorie, menzionate in parte nel contratto ed in parte nei documenti informativi

⁶⁵ Trib. Roma, 24 luglio 1997, in *Foro Italiano*, 98, I, 3334; Trib. Monza, 9 gennaio 1999, in *Resp. Civ. Prev.*, 99, III, 780.

⁶⁶ Trib. Firenze, 19 agosto 2004, in *Foro Toscano*, 05, 35; Trib. Firenze, 4 febbraio 2003, in *Foro Italiano*, 03, I, 34.

preliminari) qualora il dato sui costi complessivi in punti percentuali sia da riguardarsi a tal punto importante e, di conseguenza, circa la possibilità di considerare abusiva la clausola che indichi il costo complessivo del prestito in modo oscuro.

La risposta della Corte ha chiarito che una simile carenza può rappresentare, per il giudice nazionale, un elemento decisivo ai fini della valutazione della trasparenza della clausola relativa al costo del credito al consumo, di talché egli può ritenersi autorizzato a verificare in concreto se, alla luce delle circostanze che accompagnano la conclusione del contratto, tale clausola rivesta carattere abusivo⁶⁷.

In un'altra occasione, invece, interpellata in merito alle interferenze fra la disciplina delle clausole abusive e quella sulle pratiche commerciali sleali, nel caso di un contratto di credito al consumo il cui TAEG era stato indicato in misura inferiore a quella reale, la Corte di Giustizia Europea ha avuto l'opportunità di chiarire come, da un diverso punto di vista, l'inserimento in un contratto di una clausola sul costo del prestito contenente indicazioni fuorvianti, ben possa essere riguardata come pratica ingannevole, risolvendosi in uno degli elementi su cui il giudice nazionale può fondare la valutazione di abusività di quella stessa clausola⁶⁸.

2.1.4 (segue) Il bilanciamento fra clausole “principali” e non

Deviando per un attimo dalla prospettiva d'indagine adottata nel presente lavoro ed al fine di procedere ad un'esaustiva ricostruzione del giudizio di vessatorietà, si ricorda inoltre come il principio della trasparenza non risulta essere l'unica eccezione introdotta dal legislatore all'insindacabilità delle condizioni principali del contratto consumeristico.

⁶⁷ CGUE, 16 novembre 2010, in vC-76/10, Pohotovost.

⁶⁸ CGUE, 15 marzo 2012, in C-453/10, Perenicova.

Ai sensi dell'art. 34, secondo comma, cod. cons., infatti, anche le clausole escluse in via diretta dal giudizio di vessatorietà possono essere prese indirettamente in considerazione dal giudice quando si tratti di valutare l'eventuale abusività di un'altra clausola, in applicazione del meccanismo di "bilanciamento" tra condizioni descritto al comma primo dell'art. 34 cod. cons.; a tale conclusione si giunge valorizzando il tenore letterale indeterminato di quest'ultima disposizione, la quale non distingue tra le diverse clausole ai fini di cui sopra e, quindi, vi ricomprende anche le clausole cosiddette principali.

L'ammissibilità di un bilanciamento effettuato in base alle clausole in parola, dal punto di vista ermeneutico, si giustifica anche in virtù del diciannovesimo considerando, seconda proposizione, della dir. 93/13/CEE, secondo cui " (...)nella valutazione del carattere abusivo di altre clausole si può comunque tenere conto dell'oggetto principale del contratto e del rapporto qualità/prezzo".

Non è nuovo né riconducibile alla sola direttiva 93/13/CEE, ad esempio, il problema dell'ammissibilità di una compensazione dello squilibrio determinato da una clausola attraverso l'apprezzamento del correlativo beneficio goduto dal consumatore grazie ad un prezzo particolarmente favorevole (c.d. "argomento del prezzo").

Tuttavia, in senso contrario all'ammissibilità di tale meccanismo di bilanciamento, sembrerebbero militare, come è stato sottolineato, una serie di ragioni: tra esse l'impossibilità di misurare l'effettiva convenienza del prezzo pattuito; l'insussistenza di un vero rapporto di corrispettività fra il vantaggio economico, quand'anche misurabile, e l'accollo dei rischi derivanti dall'accettazione della clausola svantaggiosa; il timore che in tal modo possa ritenersi giustificabile qualsiasi squilibrio; la contrarietà a buona fede del vantaggio (spesso di gran lunga superiore) così ricavato dal professionista, che per definizione sarebbe in grado di calcolare i propri

rischi riversandoli sui prezzi applicati alla clientela, anziché farli gravare sul singolo consumatore.

Aperture all'ammissibilità del criterio, al contrario, potrebbero riscontrarsi secondo alcuni⁶⁹, ove il consumatore fosse messo in condizione di poter scegliere in merito ad una chiara alternativa fra due regolamenti (ad esempio, minor prezzo con responsabilità limitata del professionista, o prezzo più elevato con responsabilità piena): a questa fattispecie, in particolare, sembra riferirsi, infatti, la terza proposizione del diciannovesimo considerando, per quanto proponga non trascurabili interferenze con il problema della negoziazione della clausola (che ove fosse ritenuta ricorrente, in una simile ipotesi, svuoterebbe di rilevanza la fattispecie qui immaginata, poiché la pattuizione risulterebbe esente da vessatorietà ex art. 34, quarto comma, cod. cons.).⁷⁰

Va ricordato anche in questa sede (come già in riferimento agli altri criteri di valutazione di cui all' art. 34, comma primo, cod. cons.) che l'operatività del meccanismo di bilanciamento dovrebbe poter funzionare non soltanto (o non proprio) in funzione della compensazione di una clausola vessatoria con un prezzo più basso (secondo il celebre adagio per cui "ciò che è abusivo ad un prezzo potrebbe non esserlo ad un altro"⁷¹), ma anche quale possibilità di accertare la vessatorietà di una clausola perché non controbilanciata da un prezzo adeguato.

2.2.1 Un nuovo ruolo (più incisivo?) della trasparenza desumibile dalla recente giurisprudenza comunitaria. La Sentenza CGUE 30-04-2014, causa C-26/13, *Arpad Kasler*

⁶⁹ CIAN, op. cit.; BARENGHI, op. cit.

⁷⁰ MONTICELLI, in Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto, in Rass. Dir. Civ. 568.

⁷¹ PARDOLESI, op. cit.

Come si è avuto modo di sottolineare, il contenuto del principio di trasparenza, quale criterio applicativo del sindacato di vessatorietà delle clausole, deve pertanto essere declinato non soltanto in termini di intelligibilità e chiarezza formale del regolamento contrattuale, ma altresì in modo sostanziale. Il consumatore, cioè, deve essere in grado, attenzionando il contratto, di comprendere gli effetti giuridici e pratici che lo stesso è suscettibile di realizzare una volta perfezionatosi. La trasparenza, per così dire, costituirebbe pertanto il presidio a tutela della comprensibilità dell'efficacia contrattuale.

Tale ricostruzione del ruolo e del significato del criterio della trasparenza, se fino a poco tempo fa sembrava essere relegata ed una mera affermazione dottrinale di principio, da rammentare nella manualistica di settore, ma con scarsi riflessi sul piano dell'effettività della tutela del consumatore (stante anche la rarità, come visto, delle applicazioni giurisprudenziali del principio in esame), appare ora acquisire un rinnovato vigore ed una lettura interpretativa più incisiva.

Nell'ambito della giurisprudenza comunitaria, infatti, vi sono stati, in epoca recente, degli interventi nei quali l'autorità giudiziaria, in maniera esplicita, ha affermato quali sono gli effetti che un regolamento contrattuale redatto in maniera chiara e non oscura deve essere in grado di palesare al consumatore, al fine di sfuggire alla pronuncia di abusività. I giudici della Corte di Giustizia Europea hanno, cioè, chiarito le precise coordinate della portata sostanziale del principio della trasparenza quale possibile strumento applicabile nell'esercizio del sindacato di vessatorietà.

Prima di esaminare nello specifico le fattispecie che hanno costituito l'occasione per le pronunce giudiziali citate e di soffermarsi sul contenuto di quest'ultime, è necessario fare due premesse.

In primis occorre precisare che tutte le sentenze a cui si farà riferimento hanno riguardato decisioni circa la presunta vessatorietà di quella specie più

circoscritta di clausole principali che, in questa sede⁷², sono state definite “condizioni economiche”, ovvero le clausole di individuazione dell’oggetto del contratto attinenti, più specificatamente, alla determinazione del prezzo del bene o del servizio offerto al consumatore. Pertanto, le suddette pronunce giurisprudenziali assumono una portata ancor più rilevante ai fini del presente lavoro, che, come palesato nelle sue premesse, intende analizzare i possibili profili di vessatorietà proprio di queste particolari tipologie di clausole contrattuali.

In seconda istanza, è opportuno altresì sottolineare come le esaminande sentenze hanno riguardato quasi tutte il medesimo settore, quello della contrattazione bancaria, il quale è apparso ai giudici il perfetto terreno d’elezione per attuare il sindacato di vessatorietà delle clausole contrattuali mediante lo strumento di controllo della trasparenza.

Stante le innovative conclusioni alle quali si può giungere argomentando a partire dall’approfondimento del trittico delle pronunce giurisprudenziali comunitarie a cui si è fatto sinora solo riferimento, non ci si può esimere dall’affrontare una analisi siffatta, che inevitabilmente deve coinvolgere anche la questione di merito (oltre che il principio di diritto), visto che di presunta abusività di condizioni contrattuali attinenti alla determinazione del prezzo (e quindi, in senso lato, del merito!) si parla.

La prima sentenza da esaminare concerne la causa C-26/13, attinente al procedimento *Arpad Kasler, H. K. Rabai contro OTP Jelzalogbank ZRT*, ed avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dinanzi alla Corte dalla Kùria Ungherese⁷³, vertente proprio sull’interpretazione degli articoli 4, paragrafo primo, 2 e 6, paragrafo primo, della direttiva 93/13/CEE.

Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia tra il signor Kasler e la signora Rabai (i mutuatari) ed una banca ungherese, la

⁷² Vedi Capitolo 1 del presente lavoro.

⁷³ CGUE, sentenza 29 giugno 1994, causa C-135/92, *Fiskano*, in *Racc.*, I-2885 ss.

Jelzalogbank (mutuante) riguardo al carattere presuntivamente abusivo di una clausola contrattuale relativa al corso di cambio applicabile ai rimborsi di un mutuo espresso in valuta estera.

Conformemente al punto I/1 di tale contratto, infatti, la banca aveva accordato ai mutuatari un finanziamento con importo espresso in fiorini ungheresi, con l'ulteriore precisazione che l'ammontare dell'importo in valuta estera "(...)verrà stabilito in base al corso di acquisto della valuta applicato dalla banca alla data di erogazione dei fondi". Secondo la medesima condizione contrattuale, l'erogazione dei fondi, l'importo del mutuo, dei relativi interessi e delle spese di gestione, nonché l'importo degli interessi di mora e delle altre spese venivano pertanto fissati in valuta estera, precisamente in franchi svizzeri.

Ai sensi del punto III/2 del contratto di mutuo, inoltre, il creditore avrebbe determinato l'importo in fiorini ungheresi, di ogni rata mensile, in base al corso applicato dalla banca alla vendita della valuta estera il giorno precedente la data di esigibilità.

I mutuatari hanno proposto un ricorso contro la banca mutuante, allegando il carattere abusivo proprio di tale ultima clausola. Essi hanno sostenuto che la stessa, nel consentire alla banca mutuante di calcolare le rate mensili di rimborso esigibili in base al corso di vendita della valuta estera, mentre l'importo del prestito erogato veniva fissato dalla banca stessa sulla base del corso di acquisto applicato per la stessa valuta, conferiva al soggetto finanziatore un vantaggio unilaterale ed ingiustificato, contrario alle disposizioni del codice civile ungherese.

Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso e la sentenza è stata successivamente confermata in appello, ove il giudice ha altresì ritenuto che la clausola controversa non era redatta in maniera chiara e comprensibile, in quanto non permetteva di conoscere che cosa giustificasse la citata differenza di modalità di calcolo del corrispettivo del mutuo.

La banca mutuataria ha quindi proposto ricorso innanzi alla *Kuria* ungherese, la quale, sulla base degli elementi raccolti, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia Europea tre questioni pregiudiziali.

Il giudice del rinvio si è chiesto innanzitutto se la nozione di clausola che definisce l'oggetto principale del contratto, ai sensi dell'art. 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE, includesse qualsiasi elemento della controprestazione pecuniaria dovuta dal mutuatario al mutuante, ivi comprese le somme risultanti dalla differenza tra i tassi di cambio applicabili all'atto, rispettivamente, dell'erogazione e del rimborso del mutuo o se nella suddetta nozione rientrasse soltanto il versamento di un tasso di interesse nominale, oltre alla concessione del credito.

Più precisamente, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte se l'art. 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE dovesse essere interpretato nel senso che, in caso di mutuo espresso in valuta estera, ma erogato in valuta nazionale e che deve essere rimborsato dal consumatore esclusivamente in valuta nazionale, la clausola contrattuale che determina i tassi di cambio, la quale non è stata oggetto di negoziato individuale, rientri nella nozione di "definizione dell'oggetto principale del contratto".

Secondariamente, quanto all'esigenza secondo cui soltanto le clausole redatte in modo chiaro e comprensibile possono rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE, il giudice del rinvio ha ritenuto che gli spettasse interpretare il diritto nazionale conformemente agli obiettivi della stessa direttiva e valutare il carattere abusivo di clausole contrattuali che non soddisfano l'obbligo di trasparenza, quand'anche il suddetto obbligo non fosse ancora stato trasportato nel diritto nazionale al momento della conclusione del contratto di mutuo. Egli tuttavia nutrivà dei dubbi circa il contenuto del siffatto obbligo, se cioè esso dovesse interpretarsi come mera comprensibilità linguistica e grammaticale, oppure in un'accezione più ampia.

In conclusione, quale seconda questione pregiudiziale, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di Giustizia se l'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE dovesse essere interpretato nel senso che il giudice nazionale possa, indipendentemente dalle disposizioni di diritto interno, esaminare anche il carattere abusivo di tali clausole contrattuali, nell'ipotesi in cui quest'ultime non siano chiare e comprensibili; se quest'ultimo obbligo significhi che la clausola in questione sia di per sé chiara e comprensibile per il consumatore dal punto di vista grammaticale oppure se imponga che debbano essere chiare e comprensibili, per questo stesso consumatore, le ragioni economiche sottese all'applicazione della clausola contrattuale, nonché il rapporto della suddetta clausola con le altre condizioni del contratto.

Infine, qualora fosse contestato il carattere abusivo della clausola controversa inserita nel contratto di mutuo in oggetto, si porrebbe ancora la questione se il principio derivante dall'art. 6, paragrafo primo, della direttiva 93/13/CEE (il quale, come è noto, prevede che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resta vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive) sia applicabile anche quando, come nel procedimento principale, il contratto di mutuo non può sussistere dopo la rimozione della suddetta clausola. Se ciò dovesse accadere, la *Kuria* ungherese chiede se tale principio osti a che il giudice nazionale modifichi la clausola in questione al fine di eliminarne il carattere abusivo, in particolare sostituendo a quest'ultima una disposizione nazionale di natura suppletiva.

Affrontando la soluzione della prima questione, la Corte *in primis* ricorda che, se è vero che spetta unicamente al giudice del rinvio pronunciarsi sulla qualificazione della clausola controversa in funzione delle circostanze

proprie del caso di specie, ciò non toglie che il giudice comunitario possa essere competente a desumere dalle disposizioni della direttiva 93/13/CEE, nella specie quelle dell'art. 4, paragrafo secondo, i criteri che il giudice nazionale può o deve applicare in sede di esame di una clausola contrattuale⁷⁴.

Già in passato la Corte ha precisato tali criteri, dichiarando che l'articolo 4, paragrafo secondo, della direttiva risulta diretto unicamente a stabilire le modalità e la portata del controllo sostanziale delle clausole contrattuali cosiddette "principali" e che pertanto, la circostanza che una clausola sia stata negoziata dalle parti contraenti, nell'ambito della loro autonomia contrattuale e delle condizioni del mercato, non può costituire un criterio che permette di valutare se tale clausola rientri nell' "oggetto principale del contratto", ai sensi dell'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13.

Invece, tenuto conto anche del carattere derogatorio dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE e dell'obbligo di un'interpretazione restrittiva che ne deriva, le clausole contrattuali rientranti nella nozione di "oggetto principale del contratto" devono intendersi come quelle che fissano le prestazioni essenziali dello stesso contratto e che, come tali, lo caratterizzano.

La Corte, nel caso proposto, ha affermato in definitiva che spetta al giudice del rinvio valutare, dati la natura, l'economia generale e le stipulazioni del contratto di mutuo, nonché il suo contesto giuridico e fattuale, se la clausola che determina il tasso di cambio delle rate mensili costituisca un elemento essenziale della prestazione del debitore consistente nel rimborso dell'importo messo a disposizione del creditore.

L'art. 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE riguarda però anche le clausole vertenti 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" e,

⁷⁴ Vedi in tal senso, CGUE, sentenza 21 marzo 2013, causa C-92/11, *RWE Vertrieb Ag*, punto 48.

ai sensi del diciannovesimo considerando della direttiva in parola, le clausole che “(...)illustrano il rapporto qualità/prezzo della fornitura o della prestazione”.

Nel procedimento principale il giudice del rinvio solleva la questione se la clausola controversa implichi un obbligo pecuniario per il consumatore (quello di pagare, nell’ambito dei rimborsi del mutuo, gli importi derivanti dalla differenza tra il corso di vendita ed il corso di acquisto della valuta estera), qualificabile come remunerazione del servizio fornito, la cui congruità non può essere oggetto di una valutazione del suo carattere abusivo in forza dell’art. 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE.

In proposito, dall’ambito applicativo dell’ultima norma citata, emerge che tale seconda categoria di clausole, relativamente alla quali non si può procedere ad alcuna valutazione del loro carattere eventualmente abusivo, ha una portata ridotta, dato che l’esclusione in parola verte solo sulla congruità tra il prezzo o la remunerazione previsti ed i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio.

Come ha rilevato in sostanza l’avvocato generale nelle sue conclusioni, l’esclusione di un controllo delle clausole contrattuali circa il rapporto qualità/prezzo di una fornitura o di una prestazione, si spiega con il fatto che non esiste nessun tariffario o criterio giuridico che possa inquadrare ed orientare un siffatto controllo.

In tale contesto la Corte ha già dichiarato in passato come la suddetta esclusione non può applicarsi ad una clausola vertente su un meccanismo di modifica delle spese dei servizi da prestare al consumatore⁷⁵.

Nel caso di specie è stato poi segnalato dalla Corte che l’esclusione della valutazione del carattere abusivo di una clausola, essendo limitata alla congruità tra il prezzo e la remunerazione da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio dall’altro, non può essere applicata qualora

⁷⁵ CGUE, sentenza 26 aprile 2012, causa C-472/10, *Invitel*, punto 23.

si ponga in questione un'asimmetria tra il corso di vendita della valuta estera, che deve essere utilizzata in applicazione della clausola stessa per il calcolo dei rimborsi, ed il corso di acquisto di tale valuta, da utilizzare in applicazione di altre clausole del contratto di prestito per il calcolo dell'importo del mutuo erogato.

Del resto, un'esclusione siffatta non potrebbe, affermano i giudici, essere applicata a clausole che, come quella oggetto del ricorso, si limitano a determinare, in vista del calcolo dei rimborsi, il corso di conversione della valuta estera in cui è redatto il contratto di mutuo, senza però che alcun servizio di cambio venga fornito dal mutuante in occasione del suddetto calcolo, non implicando pertanto alcuna "remunerazione" la cui congruità, quale contropartita di una prestazione effettuata dal medesimo, non può essere oggetto di una valutazione quanto al suo carattere abusivo, a norma dell'art. 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE.

In virtù di tali argomentazioni, la Corte risolve pertanto la prima questione pregiudiziale sottoposta alla sua attenzione affermando che i termini "oggetto principale del contratto" possono comprendere una clausola come quella di cui al procedimento principale (e tale constatazione non può che spettare al giudice del rinvio, sulla base della natura, dell'economia generale, del contesto giuridico e fattuale del contratto), solo laddove si constati che la suddetta fissa una prestazione essenziale del contratto stesso che, come tale, lo caratterizza.

La Corte, inoltre, conclude che una clausola del genere, in quanto implica un obbligo pecuniario per il consumatore di pagare, nell'ambito dei rimborsi del mutuo, importi derivanti dalla differenza tra il corso di vendita ed il corso di acquisto della valuta estera, non può essere considerata nel senso che implica una "remunerazione" la cui congruità, in quanto corrispettivo di una prestazione effettuata dal mutuante, non può astrattamente divenire oggetto di una valutazione del suo carattere abusivo a norma dell'art. 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE.

Con la proposizione della seconda questione pregiudiziale, invece, come già sottolineato, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di chiarire l'esatto significato da attribuire all'obbligo di trasparenza vigente per le clausole a contenuto economico del contratto consumeristico, stante l'ampia formulazione legislativa sul punto, che non consente un'interpretazione indubbia. Qualora infatti il giudice del rinvio dovesse considerare che, data la soluzione fornita alla prima questione pregiudiziale, la clausola controversa rientri nell' "oggetto principale del contratto", ai sensi dell' art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE, essa sarebbe sottratta alla valutazione del suo carattere abusivo solo se redatta in maniera chiara e comprensibile.

Nel caso sottoposto dalla *Kuria* ungherese alla Corte di Giustizia Europea il quadro risultava essere più problematico in quanto risultava, dalla decisione di rinvio, che la disciplina del codice civile ungherese che aveva accolto la normativa sulle clausole vessatorie contenuta nella direttiva 93/13/CEE, non conteneva alcun riferimento all'obbligo di redazione chiara e comprensibile delle clausole principali. Il legislatore nazionale, in questo caso, aveva scelto quindi di non accogliere (non è dato sapere se per leggerezza o per precisa scelta politica) l'inciso normativo che avrebbe consentito la fondamentale deroga, ai fini di una maggior tutela per il consumatore, all'insindacabilità delle clausole avente ad oggetto la determinazione dell'oggetto del contratto e l'adeguatezza del corrispettivo.

Sul punto, nel risolvere la seconda questione pregiudiziale, la Corte ricorda primariamente che un giudice nazionale, cui venga sottoposta una controversia intercorrente esclusivamente tra privati, deve, quando applica le norme del diritto interno, prendere in considerazione l'insieme delle norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità della direttiva 93/13/CEE per giungere ad una soluzione conforme all'obiettivo perseguito da quest'ultima.

La Corte ha però precisato che tale principio di interpretazione conforme del diritto nazionale conosce certamente alcuni limiti. L'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del diritto interno trova, ad esempio, un paletto nei principi generali del diritto, non potendo servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale.

I giudici comunitari, pertanto, alla luce del richiamato principio di interpretazione conforme e dei suoi limiti applicativi, hanno affermato che, solo qualora il giudice del rinvio dovesse considerare che la disposizione nazionale diretta a trasporre l'articolo 4, paragrafo secondo, della stessa direttiva possa ritenersi inclusiva anche dell'obbligo di redazione chiara e comprensibile (seppur non formalmente trasposto nella normativa nazionale), si porrebbe in seguito la questione della portata di un obbligo siffatto.

Per rispondere a tale quesito, fondamentale anche ai fini del presente lavoro, la Corte rammenta come l'obbligo di trasparenza figura anche in altre disposizioni normative delle direttiva 93/13/CEE, in particolare nell'art. 5 (il quale, in termini generali, sancisce che tutte le clausole contrattuali devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile) e nel ventesimo considerando (nel quale si precisa che il consumatore deve avere la possibilità effettiva di prendere conoscenza di tutte le clausole del contratto).

Ne consegue che il siffatto obbligo di redazione chiara e comprensibile delle clausole si applicherebbe comunque, anche quando una clausola rientri nel *genus* delle condizioni principali del contratto o aventi contenuto economico, ovvero per quelle clausole astrattamente impenetrabili dal giudizio di abusività.

Ne deriva anche che l'obbligo in parola, sancito dall'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE, sembrerebbe avere la stessa portata di quello previsto all'articolo 5 della medesima direttiva.

Orbene, quanto al suddetto articolo 5, la Corte ricorda come le informazioni in merito alle condizioni contrattuali sono, per un consumatore, di fondamentale importanza. È segnatamente in base a tali informazioni che quest'ultimo decide se desidera vincolarsi alle condizioni preventivamente redatte dal professionista. L'obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali posto dalla direttiva 93/13/CEE non potrebbe quindi essere limitato unicamente al carattere comprensibile sui piani formale e grammaticale di queste ultime. Al contrario, la Corte espressamente stabilisce che, poiché il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13/CEE 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.

Per quanto riguarda una clausola contrattuale, come quella oggetto del rinvio, che consente al professionista di calcolare il livello dei rimborsi mensili dovuti dal consumatore in funzione del corso di vendita della valuta estera applicato dal professionista medesimo (clausola avente in definitiva l'effetto di aumentare le spese del servizio finanziario a carico del consumatore apparentemente senza limite massimo), risulta dagli articoli 3 e 5 nonché dai punti 1, lettere j) e l), e 2, lettere b) e d), dell'allegato della direttiva che, ai fini del rispetto dell'obbligo di trasparenza, è di rilevanza essenziale che il contratto esponga in modo chiaro il motivo e le modalità del meccanismo di conversione della valuta estera, nonché il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo, di modo che il consumatore possa prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le conseguenze economiche che gliene derivano.

Circa le modalità del meccanismo di conversione della valuta estera come specificate dalla clausola controversa, la Corte ha precisato che spetterebbe al giudice del rinvio stabilire se, considerato l'insieme dei pertinenti elementi di fatto (tra cui la pubblicità e l'informazione fornite dal mutuante nell'ambito della negoziazione di un contratto di mutuo), un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avvertito, avrebbe potuto non soltanto conoscere l'esistenza della differenza, generalmente osservata sul mercato dei valori mobiliari, tra il corso di vendita ed il corso di acquisto di una valuta estera, ma anche valutare le conseguenze economiche, per esso potenzialmente significative, dell'applicazione del corso di vendita ai fini del calcolo dei rimborsi di cui in definitiva sarebbe stato debitore e, pertanto, il costo totale del suo negozio di finanziamento.

Alla luce di quanto precede, La Corte ha pertanto risolto la seconda questione pregiudiziale dichiarando che l'articolo 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE deve essere interpretato nel senso che "(...) quanto ad una condizione come quella di cui al procedimento principale, è necessario intendere il requisito secondo cui una clausola contrattuale 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".

E' opportuno in conclusione fare nuovamente un accenno alla terza questione pregiudiziale sottoposta all'attenzione della Corte, con la quale il giudice del rinvio ha chiesto se, in una situazione come quelle di cui al

procedimento principale in cui un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore non può sussistere dopo l'eliminazione di una clausola abusiva (esprimendo quest'ultima la remunerazione del contratto di mutuo e, quindi, un elemento essenziale dell'intero negozio), l'articolo 6, paragrafo primo, della direttiva 93/13/CEE debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale permette al giudice di sanare la nullità della clausola abusiva sostituendo a quest'ultima una disposizione interna di natura suppletiva.

Su tale ultimo punto, il più controverso e forse il più importante ai fini di una corretta comprensione di tutte le sfumature rintracciabili nel sindacato di vessatorietà delle clausole a contenuto economico, la Corte ha dedotto le conseguenze forse più dirompendi del suo ragionamento, le quali tuttavia, ai fini di una migliore organizzazione ed intelligibilità del presente lavoro, verranno riprese ed analizzate in proseguio.

2.2.2 La Sentenza CGUE 26-02-2015, causa C-143/13, *Bogdan Matei*

La sentenza appena esaminata relativa alla causa *Arpad Kasler* ha fatto da apripista ad altre due pronunce della giurisprudenza comunitaria del medesimo tenore.

La prima di esse concerne la causa C-143/13, attinente al procedimento *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei contro SC VolksBank Romania SA*, avente ad oggetto, anche in questo caso, una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE.

Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia pendente tra, da un lato, il signor e la signora Matei e, dall'altro, la SC Volksbank România SA in merito al carattere asseritamente abusivo di clausole inserite in alcuni contratti di credito al consumo che, da un lato, prevedevano una commissione di rischio riscossa dalla Volksbank e, dall'altro, autorizzavano

quest'ultima, in presenza di determinate condizioni, a modificare unilateralmente il tasso di interesse.

Anche in questo caso risulta imprescindibile addentrarsi prioritariamente nella questione di merito dalla quale è scaturita la domanda pregiudiziale, al fine di porre in rilievo, ancora una volta, come proprio determinate tipologie di clausole inserite nella contrattazione bancaria (attinenti alla determinazione ed al calcolo del corrispettivo del contratto di finanziamento) hanno spinto gli interpreti europei a fare un passo ulteriore nella decodificazione del contenuto dell'obbligo della trasparenza, declinandolo in termini economici.

Nel caso in esame i mutuatari avevano concluso due contratti di credito con la Volksbank: il primo, costituito da un credito da rimborsare su un periodo di cinque anni, concesso con un tasso di interesse annuo fisso pari al 9% e con un TAEG del 20,49%; il secondo, invece, costituito da un credito di importo espresso in franchi svizzeri, finalizzato a finanziare l'acquisto di un bene immobile da garantire con ipoteca. Quest'ultimo credito doveva essere rimborsato su un periodo di 25 anni, ad un tasso di interesse annuo fissato al 3,99% e con un TAEG del 19,55%.

In virtù di una clausola inserita nel regolamento di tali due contratti, la banca si riservava il diritto di rivedere il tasso di interesse corrente ove fossero intervenute variazioni significative sul mercato finanziario, comunicando al mutuatario il nuovo tasso di interesse, applicabile a decorrere dalla data della suddetta comunicazione.

Inoltre, una diversa condizione inserita nel regolamento contrattuale ed intitolata «commissione di rischio», prevedeva che, a fronte della messa a disposizione del credito, il mutuatario potesse essere tenuto a versare alla banca una commissione di rischio, applicata al saldo del credito, pagabile mensilmente per l'intera durata del credito. Sempre nel contratto veniva inoltre precisato che tale commissione fosse pari al prodotto del saldo del

credito moltiplicato per 0,74% (quanto al credito assunto in euro) e per 0,22% (quanto al credito assunto in franchi svizzeri).

Nel corso del finanziamento, e precisamente in seguito alla data di entrata in vigore di un decreto legge (cd. OUG n. 50/2010) relativo ai contratti di credito dei consumatori emanato dal governo rumeno al fine di trasporre la direttiva 2008/48/CE nel diritto interno, la Volksbank ha intrapreso iniziative finalizzate all'allineamento dei contratti di credito in oggetto alle disposizioni di tale decreto.

La banca ha quindi proposto di sostituire la denominazione delle clausole relative alla «commissione di rischio» con quella di «commissione di gestione del credito» (in quanto il citato decreto legge ammetteva espressamente l'applicazione di tale commissione), senza tuttavia modificare il contenuto delle suddette.

I mutuatari si opponevano a tale proposta e, di conseguenza, rifiutavano di sottoscrivere detti atti aggiuntivi.

Ritenendo che diverse clausole dei contratti di credito oggetto del procedimento principale, tra le quali le clausole relative al carattere variabile del tasso di interesse e alla «commissione di rischio», avessero carattere abusivo, i mutuatari, dopo essersi rivolti all'Autorità nazionale per la tutela dei consumatori, che non ha dato seguito alla loro richiesta, hanno adito il Tribunale di primo grado, affinché accertasse la nullità delle suddette.

Tale giudice ha accolto parzialmente i ricorsi dei mutuatari, dichiarando l'abusività e, conseguentemente, la nullità della clausola relativa al carattere variabile del tasso di interesse, dal momento che, essendo la nozione di «variazioni significative sul mercato finanziario» troppo vaga, essa consentirebbe alla banca di modificare il tasso di interesse in maniera eccessivamente discrezionale.

Per contro, tale giudice ha affermato che le clausole relative alla «commissione di rischio», nonché la proposta di clausola relativa alla «commissione di gestione del credito», non potevano essere qualificate

come abusive, non essendo tenuta l'autorità giudiziaria a valutare il rischio concreto assunto dalla banca e neppure l'efficacia delle garanzie contrattuali.

In sede di impugnazione di tale sentenza, proposta tanto dai mutuatari quanto dalla Volksbank, il giudice d'appello osservava che, sebbene la Corte di Giustizia Europea non si sia mai espressamente pronunciata sulla questione inerente la possibilità di ricomprendere clausole contrattuali come quelle relative alla «commissione di rischio» nell'alveo dell'«oggetto principale» e/o del «prezzo», ai sensi dell'articolo 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE, taluni giudici rumeni avevano invece, già in passato, affermato che siffatte clausole non rientravano nelle suddette nozioni, di modo che non potevano essere escluse da una valutazione del loro eventuale carattere abusivo.

In ragione di tale contesto, il giudice d'appello decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia Europea una questione pregiudiziale molto simile, nel contenuto, a quella proposta nella causa *Kasler*. Considerato che la valutazione del carattere abusivo delle clausole non può vertere sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, qualora esse siano formulate in modo chiaro e comprensibile, il giudice del rinvio si è chiesto se le nozioni di “oggetto principale” e/o di “prezzo” di cui all'articolo 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE potessero essere interpretate in senso talmente estensivo da ricomprendere, tra gli elementi che costituiscono la controprestazione dovuta all'istituto di credito, anche il TAEG di un contratto di finanziamento garantito da ipoteca.

Nel dare una risposta al quesito sollevato, nella sentenza in commento la Corte richiama copiosamente, nelle sue motivazioni, la sentenza *Kasler* (di cui, come si vedrà, ricalcherà non soltanto l'*iter* argomentativo, ma anche le conclusioni in diritto), ricordando innanzitutto come le clausole contrattuali rientranti nella nozione di “oggetto principale del contratto” devono intendersi come quelle che fissano le prestazioni essenziali del negozio e

che rientra nella competenza del giudice del rinvio, ponderando attentamente le circostanze fattuali e giuridiche entro le quali il contratto si è perfezionato, decidere se una certa condizione inserita concretamente nel regolamento contrattuale possa o meno essere sussunta nel suddetto *genus* o, al contrario, essere degradata a mera pattuizione accessoria.

Alla luce di quanto testé richiamato, la Corte innanzitutto statuisce che le clausole che consentono al mutuante, in presenza di determinate condizioni, di modificare unilateralmente il tasso di interesse, debbono considerarsi meramente accessorie (viene qui in rilievo, come è evidente, la concezione di accessorialità a cui si è fatto sinora riferimento, ovvero quale termine dicotomico rispetto alle condizioni contrattuali principali) e, dunque, non rientranti nell'ambito di applicazione dell'esclusione del giudizio di sindacabilità.

Non a caso, già in un'altra occasione, la Corte ha avuto modo di dichiarare che una clausola simile, che verte su un meccanismo di modifica delle spese dei servizi da prestare al consumatore, non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE⁷⁶. La Corte rammenta altresì che le clausole che consentono al mutuante di modificare unilateralmente il tasso di interesse figurano espressamente al punto 1, lettera j), dell'allegato della direttiva 93/13/CEE, il quale contiene un elenco indicativo e non esaustivo di clausole che possono essere dichiarate abusive.

Tenuto conto dell'obiettivo perseguito dal documento normativo richiamato, ovvero quello di fungere da «lista grigia» delle condizioni contrattuali che possono essere considerate abusive, l'inclusione in essa di tipologie di clausole come quella qui in discussione sarebbe in gran parte privata della sua utilità, se fosse esclusa *ab initio* una valutazione del loro eventuale

⁷⁶ Sentenza Invitel, già citata.

carattere abusivo in forza dell'articolo 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE.

Inoltre, secondo la Corte, può costituire un indizio del carattere accessorio di tali clausole anche la circostanza che quest'ultime, contenendo essenzialmente un meccanismo di adeguamento che consente al mutuante di modificare il contenuto della clausola fissando un diverso tasso di interesse, non sembrano poter essere considerate separatamente rispetto alla clausola contrattuale che fissa il tasso di interesse, clausola che si candida, senza alcun dubbio, ad assurgere invece il ruolo "spinoso" (ai fini dell'applicazione del giudizio di vessatorietà) di condizione principale del negozio.

Infine, sempre ripercorrendo il discorso snocciolato dai giudici comunitari, tali clausole, nel caso esaminato, sembrano esulare dall'ambito di applicazione dell'articolo 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE anche dal momento che, salvo accertamento da parte del giudice del rinvio, dal fascicolo di cui dispone la Corte risulta che il loro carattere abusivo è fatto valere non già a causa di un'asserita sperequazione tra il livello del tasso d'interesse modificato e una qualsivoglia controprestazione fornita in cambio di tale modifica, bensì a causa delle condizioni e dei criteri che consentono al mutuante di operare tale variazione (più precisamente, a causa della motivazione, inserita nel contratto di credito al consumo, relativa alla "(...)soppravvenienza di variazioni significative sul mercato finanziario").

La Corte, in seguito, passa ad esaminare la presunta vessatorietà della seconda clausola rispetto alla quale il giudice del rinvio aveva chiesto una pronuncia espressa, ovvero la condizione contrattuale che prevedeva una «commissione di rischio» riscossa dal mutuante.

Ebbene, rispetto a siffatta clausola, la Corte asserisce che vi sarebbero vari elementi i quali consentirebbero di ritenere come essa non rientri in una delle due categorie di esclusione previste dall'articolo 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE.

Quanto alla prima categoria prevista, quella delle clausole che definiscono l'oggetto principale del contratto, la Corte ribadisce, anche in questo caso, come spetti esclusivamente al giudice del rinvio verificare se tali clausole fissino una delle prestazioni principali dedotte nel regolamento contrattuale o se le stesse rivestano piuttosto carattere accessorio rispetto ad altre condizioni contrattuali.

Nell'ambito di tale valutazione, il suddetto giudice dovrà in particolare tenere conto dello scopo essenziale perseguito dalla "commissione di rischio", che consiste nel garantire il rimborso del prestito, il quale costituisce chiaramente un obbligo essenziale del consumatore in cambio della disponibilità a suo favore dell'importo del prestito.

Peraltro, tenuto conto dell'obiettivo di tutela dei consumatori che deve guidare l'interpretazione delle disposizioni della direttiva 93/13/CEE, il mero fatto che si possa considerare che la "commissione di rischio" costituisce una parte relativamente importante del TAEG e, dunque, degli utili che il mutuante ricava dai contratti di credito, è in linea di principio irrilevante, ai fini della valutazione della questione, se le clausole contrattuali che prevedono tale commissione definiscono l'oggetto principale del contratto.

Spetterebbe altresì al solo giudice del rinvio esaminare se le clausole che prevedono una "commissione di rischio" riscossa dal mutuante, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, possano rientrare nella seconda categoria di esclusioni di cui all'articolo 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE (ovvero quella concernente la perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro).

Tuttavia la Corte, dopo aver ribadito siffatto principio, precisa che, dalle informazioni desumibili dal fascicolo in suo possesso, essa propenderebbe per le tesi della non riconducibilità della clausola controversa nella categoria citata.

Infatti, sempre salvo accertamento da parte del citato giudice, taluni degli elementi raccolti sembrerebbero indicare che l'oggetto del procedimento principale non verte sulla congruità tra l'importo di tale commissione e una qualsivoglia prestazione fornita dal mutuante, in quanto si afferma che quest'ultimo non fornisce alcuna prestazione effettiva che possa costituire la contropartita di tale commissione. Pertanto, citando nuovamente la sentenza *Kasler*, la Corte ritiene che la questione dell'adeguatezza di tale commissione non possa essere sollevata.

Per contro, gli elementi di cui dispone la Corte sembrano indicare che la controversia oggetto del procedimento principale appaia essere maggiormente incentrata sulla questione dei motivi che giustificano le clausole di cui trattasi, ed in particolare su quella concernente l'abusività o meno, ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 93/13, delle clausole controverse, dal momento che impongono al consumatore il pagamento di una commissione d'importo considerevole diretta a garantire il rimborso del prestito, sebbene si affermi che tale rischio è già garantito da un'ipoteca e sebbene, in cambio di tale commissione, la banca non fornisca un effettivo servizio al consumatore nel suo esclusivo interesse.

A questo punto la Corte, sempre ripercorrendo i passi della sentenza già analizzata nel corso del precedente paragrafo, si addentra nelle statuizioni che più interessano ai fini del presente lavoro.

Gli interpreti comunitari, infatti, precisano che, qualora il giudice del rinvio dovesse concludere, alla luce degli elementi forniti in risposta alla questione pregiudiziale sollevata, che le clausole di cui trattasi rientrano comunque nel *genus* delle condizioni concernenti la determinazione dell'oggetto principale del contratto o che esse siano di fatto contestabili con riferimento alla congruità del prezzo o della remunerazione, ciò non toglie che tali clausole debbano, in ogni caso, essere oggetto di una valutazione del loro eventuale carattere abusivo, ammissibile soltanto grazie alla verifica volta ad appurare

che esse siano state redatte in modo chiaro e comprensibile (cd. giudizio di trasparenza).

A tal riguardo, la Corte ricorda, anche in questo caso, che l'obbligo della trasparenza delle clausole contrattuali sancito dagli articoli 4, paragrafo secondo, e 5 della direttiva 93/13/CEE, non può essere limitato unicamente al carattere comprensibile di queste ultime sul mero piano formale e grammaticale.

Ai fini del rispetto dell'obbligo di trasparenza è altresì di rilevanza essenziale, infatti, che il contratto esponga in modo trasparente il motivo e le modalità del meccanismo di modifica del tasso di interesse, nonché il rapporto tra tale clausola e le altre relative alla remunerazione del mutuante. Solo in tal modo, infatti, il consumatore mediamente informato sarebbe in grado di prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le conseguenze economiche derivanti dalla propria scelta contrattuale

Tale questione dovrà essere esaminata dal giudice del rinvio prendendo in considerazione l'insieme dei pertinenti elementi di fatto (tra i quali, certamente la pubblicità e le informazioni fornite dal mutuante anche nella fase precontrattuale), e tenendo conto del livello di attenzione che ci si può aspettare da un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avvertito.

La Corte elargisce però un consiglio al giudice del rinvio, precisando che, per quanto concerne le clausole contrattuali di cui trattasi nel procedimento principale e, in primo luogo, per quelle che consentono al mutuante di modificare unilateralmente il tasso di interesse, è necessario porre la questione relativa alla prevedibilità, per il consumatore, degli aumenti del tasso di interesse che possono essere effettuati dal mutuante sulla base del criterio, *prima facie* poco trasparente, relativo alla "(...)sopravvenienza di variazioni significative sul mercato finanziario", seppur tale ultima formulazione sembrerebbe in sé grammaticalmente chiara e comprensibile.

In secondo luogo, relativamente alle clausole che prevedono la “commissione di rischio”, la Corte si pone la questione se il contratto di mutuo esponga in maniera trasparente i motivi che giustificano la remunerazione corrispondente a tale commissione, dal momento che risulta contestato che il mutuante sia tenuto a fornire una reale controprestazione per ottenere la suddetta commissione, oltre al fatto di assumere il rischio del mancato rimborso.

La mancanza di trasparenza, nei contratti oggetto del procedimento principale, sembrerebbe del resto confermata dal fatto che, nel caso di specie, il mutuante ha proposto ai mutuatari di sostituire la denominazione delle suddette clausole con quella di “commissione di gestione del credito”, senza tuttavia alterarne correlativamente il contenuto.

2.2.3 La Sentenza CGUE 23-04-2015, causa C-96/14, *Van Hove*

L’ultima sentenza della Corte di Giustizia Europea, facente parte del trittico di pronunce qui prese in considerazione, è stata pronunciata nell’ambito della causa C-96/14 (attinente al procedimento *Jean Claude Van Hove contro CNP Assurances SA*) ed è stata anch’essa emanata al fine di dare una risposta ad una domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta da un giudice francese, vertente sull’interpretazione dell’articolo 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE.

Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia tra il signor Van Hove ed una compagnia assicurativa (la CNP Assurances SA) riguardo al carattere, che si pretende abusivo, di una clausola, contenuta in un contratto di assicurazione, concernente la definizione di inabilità totale al lavoro ai fini della presa a carico, da parte di tale società, delle rate dei mutui immobiliari sottoscritti dal consumatore.

La pronuncia giurisprudenziale in oggetto, quindi, differentemente dalle altre esaminate, non riguarda l’ambito della contrattazione bancaria (seppur,

come si vedrà, verte su un contratto di assicurazione funzionalmente collegato con un contratto di finanziamento perfezionato con un intermediario bancario), ma in essa è possibile rintracciare le medesime argomentazioni e le medesime conclusioni, in merito al giudizio di trasparenza delle clausole a contenuto economico, già analizzate nelle pronunce precedenti.

Procedendo con la stessa modalità espositiva, è opportuno in via preliminare procedere ad un breve *excursus* riguardante la questione nel merito, la quale vede come protagonista il signor Van Hove, il quale concludeva, nel 1998, con una banca, il *Crédit Immobilier de France Méditerranée*, due contratti di mutuo, d'importo espresso in franchi francesi, rimborsabili in rate mensili.

Al momento della conclusione dei suddetti negozi, egli ha aderito altresì ad un contratto di assicurazione con la CNP Assurances., mediante il quale la compagnia assicurativa garantiva la presa a carico di tutte le rate dovute alla banca mutuante in caso di decesso o d'inabilità permanente e assoluta della parte mutuataria, o del 75% delle rate, in caso di inabilità totale al lavoro della stessa.

E' lo stesso contratto di assicurazione a precisare il significato delle definizioni e dei termini anzidetti laddove, in un' ulteriore clausola, specifica che l' assicurato debba ritenersi in stato di inabilità totale al lavoro qualora, alla scadenza di un periodo continuativo di interruzione dell'attività di 90 giorni, si trovi nell'impossibilità di riprendere una qualunque attività, retribuita o meno, a seguito di un infortunio o di una malattia.

A causa di problemi di salute al signor Van Hove veniva riconosciuto un grado di inabilità permanente parziale pari 72% e, pertanto, gli veniva altresì concessa una rendita mensile.

Per tale motivo, al fine di stabilire le garanzie dovute dalla CNP Assurances, il medico designato da quest'ultima procedeva all'esame del signor Van Hove, concludendo che le sue condizioni di salute gli

consentivano di esercitare un'attività professionale adeguata a tempo parziale. La CNP Assurances comunicava quindi al consumatore che non intendeva più farsi carico delle rate dei suoi mutui.

Per siffatte ragioni il signor Van Hove citava in giudizio la CNP Assurances dinanzi al giudice del rinvio, chiedendo, in via principale, sulla base delle disposizioni del *code de la consommation*, che le clausole del contratto che lo vincolavano alla compagnia assicurativa riguardanti la definizione dell'inabilità totale al lavoro, fossero dichiarate abusive e che la convenuta fosse condannata a farsi carico delle somme ancora dovute in relazione ai due summenzionati mutui.

A sostegno delle sue pretese, il consumatore affermava, da un lato, che la clausola del contratto di assicurazione, la quale subordinava la presa a carico da parte dell'assicuratore dell'impossibilità assoluta di riprendere una qualunque attività retribuita o meno, fosse abusiva, poiché produttrice di un significativo squilibrio a suo danno.

Dall'altro, egli sosteneva che la definizione di inabilità totale al lavoro fosse redatta in maniera tale da non consentire, ad un consumatore profano, di comprenderne la portata.

Il giudice adito ha ritenuto che la soluzione della controversia ad esso sottoposta imponesse di decidere se la seconda clausola citata integrasse o meno il carattere dell'abusività.

Peraltro, il giudice ha constatato che, contrariamente a quanto sostenuto dal signor Van Hove, il testo di tale clausola, secondo cui la presa a carico dell'inabilità totale al lavoro è subordinata alla condizione che l'assicurato si trovi nell'impossibilità di riprendere una qualunque attività, retribuita o meno, a seguito di un infortunio o di una malattia, era stato redatto in maniera chiara e precisa. Egli ha osservato però che, a prescindere dall'esito positivo del giudizio di trasparenza, non si poteva escludere che una simile condizione contrattuale rientrasse nella nozione di clausola abusiva ai sensi e per gli effetti della direttiva 93/13/CEE. La suddetta clausola, infatti, di

fatto escludeva dal beneficio della garanzia l'assicurato riconosciuto idoneo ad esercitare una qualunque attività professionale, anche se non retribuita.

Orbene, secondo il giudice di primo grado, la finalità di una polizza assicurativa, come quella di cui trattasi nella controversia, è quella di garantire la corretta esecuzione degli impegni sottoscritti dal mutuatario nell'ipotesi in cui le condizioni di salute di quest'ultimo non gli consentano più di esercitare un'attività tale da procurargli il reddito necessario al fine di far fronte ai suoi impegni.

Detta clausola, in quanto avrebbe l'effetto di escludere il mutuatario dal beneficio della garanzia in caso d'inabilità totale al lavoro, qualora egli fosse dichiarato idoneo ad esercitare un'attività professionale, ancorché inidonea a procurargli un sia pur minimo reddito, priverebbe pertanto la polizza assicurativa di una parte del suo oggetto.

Il giudice del rinvio ha ipotizzato, di conseguenza, che la seconda clausola controversa del contratto di assicurazione in oggetto avrebbe potuto risolversi in un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti a danno del consumatore.

Alla luce di quanto sopra, il *Tribunal de grande Instance de Nîmes* ha deciso di sospendere il giudizio e di chiedere alla Corte di Giustizia Europea se nella nozione di cui all'articolo 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE possa e debba essere ricompresa altresì una clausola come quella finora descritta.

Per rispondere a tale questione, la Corte ha ritenuto quindi necessario esaminare, *in primis*, se tale condizione contrattuale rientrasse nell'oggetto principale di un contratto di assicurazione e, *in secundis*, se tale clausola fosse redatta in modo chiaro e comprensibile.

Quanto al primo approfondimento, la Corte richiama anche questa volta quanto da lei già statuito nella causa *Kasler*, ribadendo come nella nozione di oggetto principale del contratto devono essere ricomprese quelle condizioni che fissano le prestazioni essenziali del negozio.

Più precisamente, al fine di stabilire se la clausola in questione rientri nell'oggetto principale del negozio, la Corte rileva innanzitutto che l'operazione di assicurazione è caratterizzata dal fatto che l'assicuratore si impegna, previo versamento di un premio, a procurare all'assicurato, in caso di realizzazione del rischio coperto, la prestazione convenuta all'atto della stipula del contratto⁷⁷. Secondariamente, per quanto concerne più specificatamente l'ambito negoziale assicurativo, la Corte ribadisce invece che il diciannovesimo considerando della direttiva 93/13/CEE prevede che, in tali contratti, le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurato e l'impegno dell'assicuratore, non formano oggetto di una valutazione del carattere abusivo, qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore.

Nel caso di specie, il giudice del rinvio precisava che la clausola contrattuale in questione definiva la nozione di "inabilità totale al lavoro" e stabiliva le condizioni necessarie affinché un mutuatario avrebbe potuto beneficiare della garanzia del pagamento delle somme dovute da quest'ultimo nell'ambito del suo mutuo. In tali circostanze, secondo i giudici comunitari, non può essere escluso che una siffatta clausola delimiti il rischio assicurato, come pure l'impegno dell'assicuratore, e fissi la prestazione essenziale del contratto di assicurazione in questione, circostanza che spetterebbe al solo giudice del rinvio verificare, tenendo conto della natura, dell'economia generale e dell'insieme delle stipulazioni del contratto, nonché del suo contesto giuridico e fattuale.

Proseguendo nel proprio *iter* argomentativo la Corte, conseguentemente, ha dichiarato che, qualora il giudice del rinvio dovesse optare per la tesi dell'oggetto principale del contratto, egli dovrà poi verificare la redazione chiara e trasparente della suddetta clausola.

⁷⁷ CGUE, sentenza 17 settembre 2014, causa C-7/13, *Skandia*.

Ed è proprio sulla nozione di trasparenza che, come già si è avuto modo di sottolineare in occasione dell'analisi esegetica delle due precedenti pronunce giurisprudenziali, la Corte di Giustizia produce le sue affermazioni più dirompendi e dal carattere più spiccatamente innovativo.

La Corte ribadisce, come al solito, che l'obbligo della trasparenza delle clausole contrattuali sancito dalla direttiva 93/13/CEE, non può essere appiattito alla mera comprensibilità, sul piano formale e grammaticale, di queste ultime, e che deve invece essere interpretato in maniera estensiva, al fine di tutelare maggiormente il consumatore, parte debole del contratto. Nell'affermare ciò, i giudici comunitari ripercorrono, quasi letteralmente, le stesse definizioni contenute all'interno del testo della sentenza *Kasler*.

Conseguentemente, prosegue la Corte, risulta essere di rilevanza essenziale, per il consumatore, ai fini del rispetto dell'obbligo di trasparenza, non soltanto l'informazione a lui fornita dal professionista prima della conclusione del contratto, ma altresì l'illustrazione delle peculiarità del meccanismo di presa a carico delle rate dovute al mutuante nel caso di inabilità totale al lavoro del mutuatario, come pure la relazione tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole, di modo che egli sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano.

Ciò vale nella misura in cui il consumatore deciderà, alla luce di tali due tipi di elementi, se intende vincolarsi contrattualmente ad un professionista mediante l'adesione alle condizioni predisposte preventivamente da quest'ultimo.

Nel caso di specie il giudice del rinvio, benché consideri che il testo della clausola di cui al procedimento principale risulti in generale chiaro e preciso, rileva però, allo stesso tempo, che l'espressione "riprendere una qualunque attività, retribuita o meno", la quale figura in tale clausola, possa essere intesa in diversi modi.

Oltre all'interpretazione suggerita dalla CNP Assurances (secondo cui tale espressione consente anche agli assicurati che non esercitano un'attività retribuita, nel momento in cui sopravviene un infortunio o una malattia, di essere considerati in stato di inabilità totale al lavoro), non si può escludere che la suddetta formulazione possa essere interpretata nel senso di non consentire ad una persona, che sia in grado di esercitare una qualsiasi attività, di beneficiare della presa a carico delle rate che essa deve alla propria controparte contrattuale.

Occorre rilevare, perciò, come non possa essere escluso, nel caso di specie, che, anche se la clausola è stata redatta in modo grammaticalmente corretto (cosa che, si ribadisce, spetta al giudice del rinvio valutare), la portata di essa non sia stata compresa dal consumatore.

Infatti, come ha osservato la Corte, il contratto di assicurazione è stato concluso al fine di tutelare il consumatore dalle conseguenze che deriverebbero dalla sua impossibilità di far fronte al pagamento delle rate mensili dei suoi mutui. Pertanto, quest'ultimo poteva aspettarsi che la nozione di "attività retribuita o meno", contenuta nel contratto di assicurazione e inclusa nella definizione di "inabilità totale al lavoro", corrispondesse ad un'attività professionale in grado, almeno potenzialmente, di garantire una retribuzione sufficiente al fine di onorare le rate mensili dei suoi finanziamenti.

Secondo la Corte, pertanto, nel caso di specie il consumatore non ha necessariamente preso coscienza, al momento della conclusione del contratto, della circostanza che la nozione di "inabilità totale al lavoro", ai sensi di quest'ultimo, non corrispondeva a quella di "inabilità permanente parziale", desumibile del diritto previdenziale francese.

Per tale ragione, per quanto riguarda le peculiarità di una clausola contrattuale come quella in oggetto, sarà compito del giudice del rinvio, secondo la Corte di Giustizia, stabilire se, considerato l'insieme degli elementi di fatto pertinenti, tra cui la pubblicità e l'informazione fornite

dall'assicuratore nell'ambito della negoziazione di un contratto di assicurazione nonché, più in generale, dell'insieme del regolamento contrattuale, un consumatore medio, ragionevolmente attento e avveduto, avrebbe potuto non soltanto conoscere l'esistenza della differenza tra la nozione di "inabilità totale al lavoro" e quella di "inabilità permanente parziale", ma anche valutare le conseguenze economiche, per esso potenzialmente significative, scaturenti dalla limitazione della garanzia contenuta nella polizza assicurativa.

In tale contesto potrebbe essere altresì pertinente la circostanza che il contratto oggetto della controversia si inserisse in un insieme contrattuale più vasto, essendo collegato ai contratti di mutuo. Infatti, ha dichiarato la Corte, non si può pretendere dal consumatore, al momento della stipulazione di contratti connessi, la stessa vigilanza, circa l'estensione dei rischi coperti dal contratto di assicurazione, che egli avrebbe certamente esercitato qualora avesse stipulato separatamente il suddetto contratto ed i contratti di finanziamento.

Nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio pervenisse alla conclusione che una clausola, come quella di cui al procedimento principale, non rientri nell'eccezione prevista dall'articolo 4, paragrafo secondo, della direttiva 93/13/CEE, viene inoltre rammentato che, in forza dell'articolo 5 di tale direttiva, se la formulazione di una singola pattuizione non risulti essere chiara, dovrà prevalere l'interpretazione più favorevole al consumatore.

I giudici comunitari, in definitiva, hanno risposto alla questione sollevata dichiarando che "(...) l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE deve essere interpretato nel senso che una clausola contenuta in un contratto di assicurazione e intesa a garantire la presa a carico delle rate dovute al mutuante in caso di inabilità totale al lavoro del mutuatario, rientra nell'ambito dell'eccezione contenuta nella citata disposizione normativa, solo nei limiti in cui il giudice del rinvio constati che, da un lato, tenuto conto della natura, dell'economia generale e delle stipulazioni dell'insieme

contrattuale di cui la clausola fa parte, essa fissa un elemento essenziale del suddetto insieme che, in quanto tale, caratterizza quest'ultimo, e che, dall'altro, detta clausola è redatta in modo chiaro e comprensibile, vale a dire che essa risulta essere non soltanto intelligibile per il consumatore sul piano grammaticale, ma anche che il contratto espone in modo trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale la clausola si riferisce, nonché la relazione tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole, in modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano”.

L'ultima parte del principio di diritto espresso dalla Corte (il riferimento alla comprensibilità, da parte del consumatore, delle conseguenze economiche derivanti dal contratto) risulta essere il più importante e ci permette di trarre una rilevante conclusione valevole per tutte le pronunce giurisprudenziali qui richiamate (le quali, come visto, risultano essere simili, se non addirittura perfettamente sovrapponibili, in quanto a questioni pregiudiziali proposte dai rispettivi giudici di rinvio, ambito applicativo e scelta decisionale).

La Corte infatti, attraverso le suddette sentenze, sembrerebbe proprio voler fare un passo in avanti nel circoscrivere il significato del giudizio di trasparenza nell'ambito del sindacato di vessatorietà.

Si è fatto riferimento alla circostanza che, già in passato, in modo quasi unanime, in dottrina ed in giurisprudenza, si era accolto il convincimento che declinava il criterio della trasparenza non soltanto nei termini di mera comprensibilità linguistica e grammaticale (ovvero nei termini di un tipo di trasparenza che potremmo definire “formale”), ma in modo più estensivo.

Pertanto, l'idea che una clausola principale sia valida e pienamente efficace (poiché rispettosa del criterio della trasparenza), in quanto permetta al consumatore di conoscere e fare propri i diritti ed i doveri scaturenti da quella porzione di pattuizione, e non solo in quanto sintatticamente

inecepibile, risulta essere qualcosa di assodato per il diritto dei consumatori. Siffatta idea, infatti, costituisce uno degli strumenti appositamente introdotti dalla peculiare disciplina consumeristica (accanto agli obblighi di forma del contratto, alla nullità di protezione, al diritto di recesso *ad nutum*) per tentare di diminuire quel fisiologico *deficit* informativo di cui il consumatore sarebbe protagonista.

Il passaggio dalla “trasparenza formale” alla “trasparenza sostanziale”, in definitiva, fa già parte della storia del diritto dei consumi.

Occorre effettuare però due precisazioni sul punto, che inevitabilmente ridimensionano l'importanza di un siffatto mutamento.

In primis, la suddetta accezione sostanziale dello strumento della trasparenza non è mai stato oggetto di una definizione univoca e chiara da parte degli interpreti, finendo per trasformarsi in una rassicurante ma quasi evanescente enunciazione ripetuta come un mantra nelle sentenze ed in letteratura, ma mai divenuta oggetto di una ricostruzione oggettiva quanto al suo significato (seppur, ad onor di cronaca, occorre aggiungere che tale ricostruzione, in termini generali, risulta essere particolarmente ardua, poiché inevitabilmente condizionabile dalle variegate circostanze ricorribili nelle fattispecie in concreto, alla stregua delle quali valutare il comportamento del professionista).

Inoltre, qualsiasi tentativo di utilizzare in maniera più efficace il criterio della trasparenza sostanziale ai fini dell'espletamento del giudizio di vessatorietà delle condizioni contrattuali a contenuto economico, di fatto veniva ostacolato da un'obiezione tradizionale, sulla cui incontrovertibilità in pochissimi nutrivano dei dubbi: quella dell'autonomia privata. Si sosteneva, cioè, che, pur volendo ammettere un difetto di trasparenza delle condizioni contrattuali attinenti alla determinazione dell'oggetto tale da impedire al consumatore di percepire le reali conseguenze economiche e patrimoniali delle proprie scelte negoziali, addentrarsi troppo nel valutare, ed eventualmente sanzionare, siffatto difetto, avrebbe significato addentrarsi

altresì in un territorio dalla legge considerato inaccessibile. Non sfugge il presupposto argomentativo di tale ragionamento, ovvero la differenza (oramai ben nota) tra l'equilibrio economico e l'equilibrio normativo del contratto.

Nel trittico di sentenze qui analizzato, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea realizza quindi il passaggio ad una concezione ancora più forte della trasparenza, da un' autorevole voce dottrinale definita come "trasparenza economica"⁷⁸.

Per i giudici comunitari, in definitiva, il significato economico del contratto finisce così per subentrare prepotentemente nel giudizio di trasparenza che, quindi, diviene performante, ovvero strumento per il raggiungimento dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali.

⁷⁸ PAGLIANTINI, L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione)tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?, in I contratti, 10, 2014.

CAPITOLO TERZO

POSSIBILI APPLICAZIONI DELLA

“TRASPARENZA ECONOMICA”

3.1 La possibile vessatorietà delle clausole *floor* alla luce del nuovo ruolo della trasparenza

L' applicazione concreta del nuovo ruolo della trasparenza in senso economico in materia di esplicazione del sindacato di vessatorietà su clausole contenenti la determinazione dell'oggetto o del corrispettivo del bene o del servizio dedotto in contratto (in particolar modo, di quelle concernenti il prezzo) potrebbe sortire degli effetti rilevanti.

Clausole a contenuto economico tradizionalmente ritenute intangibili dalla ponderazione giudiziale finalizzata a ricercare contenuti abusivi del negozio posto in essere dal consumatore in virtù della pedissequa applicazione dell'art. 34, secondo comma, cod. cons., potrebbero infatti subire un rilettura alla luce del criterio della comprensibilità economica delle stesse.

Ciò potrebbe accadere soprattutto immaginando un incremento sempre maggiore delle istanze proposte dai consumatori vertenti sulla trasparenza o meno delle condizioni economiche inserite nei contratti. Ipotesi, quest'ultima, certamente plausibile, alla luce dell'attuale congiuntura economica, la quale sembra aver reso i consumatori più attenti, rispetto al passato, alle condizioni contrattuali inerenti al prezzo ed alle modalità di calcolo dello stesso.

Siffatte tipologie di clausole, essendo sussumibili all'interno del contenuto principale del negozio giuridico, hanno da sempre catturato l'attenzione del consumatore (è proprio su tale presupposto, come si è visto, che il

legislatore, non a caso, ha inserito quale limite negativo del giudizio di vessatorietà proprio quello di cui all'art. 34, secondo comma, cod. cons.); in tempi recenti, tuttavia, esse sembrano aver assunto un' importanza ancora maggiore , soprattutto nell'ambito di particolari tipologie di contratti (il riferimento è, evidentemente, ai contratti di finanziamento). Il consumatore, insomma, sembra preoccuparsi sempre di più di comprendere il significato e le ripercussioni economiche delle condizioni contrattuali principali, piuttosto che, ad esempio, di quelle inerenti alle modalità ed alle tempistiche di recesso.

Di contro i professionisti architettano, sempre più diffusamente, modalità di calcolo del prezzo maggiormente sofisticate e complesse, che se da un lato li tutelano dal rischio di oscillazioni negative del mercato, dall'altro rischiano di aumentare il *gap* informativo con i consumatori.

Allo stato attuale, in realtà, non è possibile registrare in maniera evidente un siffatto incremento delle anzidette istanze di tutela innanzi alle corti nazionali, quanto piuttosto una maggior attenzione sul tema da parte della dottrina, la quale, attraverso il proponimento di revisioni delle nature giuridiche di determinate clausole diffuse nella prassi, attinenti al calcolo ed alla determinazione del prezzo, ha auspicato la vessatorietà delle stesse sulla base del giudizio di trasparenza economica.

Al fine di esemplificare concretamente i futuribili effetti rilevanti che l'utilizzo di un simile nuovo criterio può sortire nell'ambito del sindacato di vessatorietà, nel presente lavoro si proverà, quindi, a seguire le riflessioni dei suddetti autori⁷⁹.

⁷⁹ Vedi sul punto SARTORI, Sulla clausola floor nei contratti di mutuo Contratto e impresa I, 2015, 1; GRECO, La violazione della regola della trasparenza nel mutuo con tasso floor ed il problema della scommessa razionale del derivato implicito, in Responsabilità civile e previdenza, I, 2015, 250; PAGLIANTINI, L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone della Corte di giustizia (aspettando le clausole floor), in Persona e mercato, 2, 2016,41.

Più nello specifico, si proverà a capire come l'applicazione del criterio della trasparenza declinata in senso economico possa produrre delle rilevanti conseguenze in materia di validità di un tipo di clausola molto diffusa nella attuale prassi bancaria, la cd. clausola *floor* (o clausola pavimento).

Si anticipa inoltre come le riflessioni che qui ci si appresta a fare risultano ancor più importanti in quanto non appartengono soltanto all'ambito del fanta-diritto o a prospettive meramente futuribili di evoluzione interpretativa e giurisprudenziale, ma sono state effettivamente fatte proprie da Corti di ordinamenti giuridici differenti dal nostro.

In via preliminare occorre precisare che le clausole *floor* sono condizioni contrattuali inserite soventemente nei contratti di mutuo a tasso variabile, le quali fissano un limite al di sotto del quale gli interessi compensativi non possono scendere.

Impropriamente percepita come innocua dalla clientela e per lungo tempo ignorata dalla letteratura specialistica, su siffatta clausola si concentra sempre di più l'interesse degli interpreti. Lo testimonia l'attenzione al tema da parte dell'Arbitro Bancario e Finanziario, così come lo testimonia, ad esempio, il procedimento istruttorio avviato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato volto ad accertare la presenza di una possibile intesa restrittiva della concorrenza nella determinazione dei tassi applicabili ai mutui fondiari⁸⁰.

Il fenomeno dell'incremento dell'utilizzo di tali condizioni contrattuali va analizzato sotto la lente delle decisioni di politica monetaria che hanno spiegato un costante calo, a partire dalla fine del 2008, del costo del

⁸⁰ Con Provvedimento n. 24897 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il 7 maggio 2014 ha avviato procedimento istruttorio nei confronti di sei banche operanti nelle province di Bolzano e Trento finalizzato ad accertare la presenza di una possibile intesa restrittiva della concorrenza nella determinazione dei tassi pavimento applicabili ai mutui fondiari il cui ammontare è stato fissato nell'identica misura del 3%. Con Provvedimento n. 25272 del 2 febbraio 2015 il procedimento è stato esteso nei confronti di altri istituti di credito.

denaro⁸¹. Il progressivo decremento dell'Euribor⁸², così come degli altri parametri di riferimento, nonché le prospettive di sostanziale assestamento degli indici a livelli prossimi allo zero, rappresentano la ragione dell'utilizzo copioso del "tasso pavimento" nei contratti di credito bancario.

Soltanto partendo da tale assunto politico-economico è possibile, infatti, comprendere la *ratio* di tale tipologia di condizioni contrattuali.

Come è stato affermato⁸³, l'inserimento della clausola *floor* all'interno dei contratti di mutuo, diviene, in tal modo, criterio di determinazione e regolazione degli interessi delle parti. Le citate vicende relative all'attuale costo del denaro infatti, conformando il regolamento di interessi originario, alterano le modalità di distribuzione del rischio contrattuale. La banca cambia tasso in ragione dell'andamento del parametro sottostante, sottraendosi in tal modo al rischio della diminuzione del saggio.

Il meccanismo richiamato sembrerebbe quindi apportare uno squilibrio all'assetto negoziale, facendo sorgere dubbi sulla circostanza che la clausola *floor* sia solo apparentemente una clausola economica, essendo invece idonea a modificare la struttura dell'intero contratto.

La domanda, quindi, è d'obbligo: potrebbe una siffatta clausola essere vessatoria?

Che la clausola *floor* abbia l'effetto di arrecare un vantaggio unilaterale al mutuante non sembra essere in discussione; è opportuno però valutare se lo squilibrio prodotto o astrattamente producibile superi o meno il vaglio di legittimità.

⁸¹ Analizzando le comunicazioni del tasso da parte della Banca Centrale Europea, si può constatare una costante diminuzione dell'indice, alla data dell'8 ottobre 2008 pari al 3,75%, mentre alla data del 4 settembre 2014 pari a 0,050%.

⁸² Per un rapido raffronto circa l'andamento dell'indice Euribor, e del suo progressivo calo a partire dal settembre 2008, è possibile consultare l'indirizzo internet <http://it.euribor-rates.eu/>

⁸³ SARTORI, op. cit., 1.

La tesi ad oggi maggiormente seguita (e si può ben immaginare, a questo punto del lavoro, alla luce di quale percorso argomentativo) risulta essere quella della esclusione del giudizio di vessatorietà per tale tipologia di condizione contrattuale.

In tal senso si è espresso più volte l'Arbitro Bancario e Finanziario, il quale, rigettando numerosi ricorsi presentati dalla clientela⁸⁴, ha ritenuto le suddette pattuizioni negoziali, qualora individuate in maniera chiara e comprensibile, insuscettibili di passare sotto il vaglio del giudizio di vessatorietà, in quanto clausole di determinazione dell'oggetto del contratto e pertanto sottostanti alla normativa di cui all'art. 34, secondo comma, cod. cons.. La valutazione del carattere vessatorio della clausola andrebbe quindi esclusa, poiché inerente ai profili economici del regolamento.

Inoltre, nelle citate pronunce arbitrali, si tende spesso a sottolineare come la clausola sia idonea a realizzare fondamentali e sistemici interessi meritevoli di tutela. Nella prospettiva della banca una siffatta pattuizione è infatti idonea a presidiare efficacemente i rischi legati ad una redditività inadeguata dei finanziamenti a tempo determinato⁸⁵. Essa persegue una politica gestionale orientata ad assicurare stabilità all'ente creditizio e, in ultima analisi, la sana e prudente gestione⁸⁶.

In una decisione del Collegio di Napoli, la n. 2735 del 2014, si legge ad esempio come “ (...) risulta chiara, in definitiva, la volontà legislativa di non consentire che il giudizio di vessatorietà si estenda anche alle

⁸⁴ Si vedano ABF Collegio di Milano 2 agosto 2010 n. 858; ID 18 gennaio 2011 n. 140; ID 1 aprile 2011 n. 668; ABF Collegio di Roma 13 dicembre 2011 n. 2688; ABF Collegio di Napoli 1 febbraio 2012 n. 305; ABF Collegio di Roma 3 settembre 2012 n. 2833; ABF Collegio di Napoli 5 maggio 2014 n. 2735.

⁸⁵ Non a caso l'utilizzo massivo nella prassi bancaria delle clausole floor risale al 2010 ed è riconducibile al d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 che, come noto, ha modificato l'art. 118 TUB legittimando la modifica unilaterale dei tassi di interesse nei soli contratti di durata a tempo indeterminato. Così si esprime Sartori, op. cit., 9. Sul tema si veda anche AA. VV., *lus variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Dolmetta e Sciarone Alibrandi (a cura di), Quaderni di Banca, Borsa e Titoli di Credito, 36, 2012.

⁸⁶ COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, ed. 2012.

clausole destinate a remunerare il servizio di finanziamento erogato dal mutuante. Clausole del genere possono essere sindacate, nel nostro ordinamento giuridico, sotto il profilo della vessatorietà, solo a condizione che risultino formulate in modo oscuro e poco comprensibile. È da escludere, invece, una prospettiva di valutazione (...) che involverebbe un sindacato di giustizia, ove peraltro l'interprete stenterebbe a rinvenire indici sicuri di quello che andrebbe considerato come giusto corrispettivo del servizio” .

Addirittura, in un'altra occasione, l'Arbitro ha argomentato che, in virtù dell'inserimento della suddetta condizione all'interno del regolamento contrattuale, si realizzerebbe una sorta di convenienze economica anche per il cliente, oltre che per l'intermediario.

Nella decisione n. 305 adottata dal Collegio di Napoli in data 1 febbraio 2012, si legge infatti come “(...) la clausola di indicizzazione si presenta come perfettamente valida, perseguendo un interesse senz'altro meritevole di tutela. Un interesse meritevole, si badi, non solo per l'intermediario (che in tal modo si assicura che il tasso di remunerazione del finanziamento erogato non vada mai al di sotto della soglia contrattualmente stabilita, così soddisfacendo anche quell'esigenza di sana e prudente gestione e di remuneratività degli impieghi che è alla base dello speciale statuto normativo dell'impresa bancaria) ma anche nella prospettiva dello stesso cliente il quale, mentre sopporta il rischio illimitato dell'aumento del parametro oltre il tasso di riferimento, beneficia delle sue riduzioni solo parzialmente, ovvero solo fino al raggiungimento della soglia medesima. La convenienza anche per il cliente di una previsione contrattuale del tipo di quella di cui si discute (oltretutto piuttosto diffusa nel mercato di riferimento) consiste nel poter conseguire dall'intermediario la fissazione di un tasso di riferimento più basso, e così di un *pricing* nel complesso più conveniente, di quello da questi ordinariamente praticato nei finanziamenti indicizzati puri; e ciò, appunto, grazie al valore dell'opzione *floor* prevista

in contratto e che, in questo modo, il cliente implicitamente vende all'intermediario".

Un simile procedere, tuttavia, non ha del tutto convinto la dottrina, la quale ha affermato di poter sussumere le clausole *floor* piuttosto che nel grande alveo delle condizioni di regolazione dei tassi nei contratti di mutuo, nell'ambito dei derivati impliciti (constatazione, quest'ultima, per la verità deducibile altresì dalle pronunce dell'Arbitro Bancario e Finanziario, come l'ultima parte dell'argomentazione della decisione del Collegio di Napoli testé riportata dimostrerebbe).

Allargando lo sguardo al sistema finanziario, gli interpreti hanno infatti constatato come il contratto di *interest rate floor* (noto semplicemente come *floor*) altro non è che un'opzione su tasso di interesse (*interest rate options*) offerta nei mercati *over the counter*. Si tratterebbe, cioè, di un negozio in forza del quale, dietro pagamento di un premio, l'acquirente del *floor* acquista il diritto a ricevere dal venditore un importo pari al capitale nozionale maggiorato del differenziale tra tasso variabile e tasso predeterminato (il tasso pavimento)⁸⁷. Naturalmente, se il differenziale è negativo (poiché il tasso variabile è maggiore o uguale al tasso predeterminato), nulla è dovuto.

La logica, è stato sottolineato, è quella dell'investimento con minimo garantito. Al fine di limitare il rischio e assicurare redditività all'operazione il finanziatore acquista quindi un *floor* dietro pagamento di un premio.

In altre parole, mediante la stipulazione del *floor*, la banca si assicura (nei periodi di tempo in cui il tasso variabile applicato scende sotto il tasso minimo prefissato) la liquidazione da parte del venditore del *floor* (il cliente) di un flusso monetario idoneo a garantire il tasso minimo di rendimento. Non a caso, dalla prospettiva strettamente finanziaria, l'opzione su tasso di interesse è paragonata alla polizza assicurativa che

⁸⁷ Per un'analisi tecnica si veda HULL, Opzioni, Futures e altri derivati, ed. 2007, Milano, 653 ss.

copre i rischi di una elevata variabilità dei tassi di interesse⁸⁸. Si tratta, all'evidenza, di uno strumento di protezione dall'andamento avverso dei suddetti tassi.

Se alla scadenza del contratto di finanziamento il tasso ricevuto supera l'ammontare del premio pagato, l'acquirente avrà tratto beneficio dall'operazione.

Alla luce di tale ricostruzione, la causa in concreto dell' *interest rate floor*⁸⁹ dovrebbe pertanto essere rintracciata nella razionalizzazione degli oneri finanziari del mutuante, nella copertura dai rischi delle fluttuazioni dei tassi di interesse.

La clausola *floor* inserita all'interno dei contratti di mutuo bancario, apparentemente percepita come mera tecnica di quantificazione dell'ammontare della rata, sarebbe, quindi, un derivato incorporato (o "embedded derivative")⁹⁰.

D'altronde, coloro che abbracciano tale tesi ricostruttiva, ricordano come il fenomeno di inserire derivati impliciti all'interno della contrattazione di settore, non è affatto sconosciuto alla prassi finanziaria. Molti prodotti con struttura apparentemente elementare sono costruiti incorporando al loro interno opzioni⁹¹. In tutti questi casi lo strumento derivato semplicemente non è autonomo, bensì incorporato in un contratto primario (noto come "contratto *host*") che può assumere le forme più variegata. Si pensi

⁸⁸ CUCINOTTA, MORETTI, Strumenti della nuova finanza, Domestic interest rate swap, warrant, cap, floor, collar, Commercial Paper, opzioni, prestiti convertibili, Roma, 1988, 121. Secondo gli autori il successo del mercato dei floor è legato al grado di incertezza esistente sul mercato finanziario e alla bassa propensione al rischio di taluni attori.

⁸⁹ Sul tema della causa nei derivati vedi SARTORI, Divagazioni in tema di causa del contratto municipale (alieno) derivato, in Riv. dir. priv., 2013, 501 ss.

⁹⁰ E' possibile individuare una definizione di "derivato incorporato o implicito" nel principio IAS 39, § 10 che definisce gli "embedded derivative" come "(...) una componente di uno strumento ibrido (combinato) che include anche un contratto primario non derivato, con l'effetto che alcuni dei flussi finanziari dello strumento combinato variano in maniera simile a quelli del derivato preso a sé stante".

⁹¹ CASTELLANI, DE FELICE, MORICONI, Manuale di Finanza, III, Modelli scolastici e contratti derivativi, Bologna, 2006, 108.

ai contratti per la fornitura di beni e servizi che contengono una clausola (un derivato per l'appunto) che influisce sul prezzo da corrispondere o incassare per l'acquisto o la vendita del bene o del servizio⁹².

La siffatta ricostruzione della causa sottostante la prassi bancaria di inserimento delle clausole pavimento all'interno dei contratti di mutuo a tasso variabile offre nuovi spunti di riflessione in merito al giudizio di vessatorietà.

Se infatti la clausola *floor* non può più essere annoverata semplicemente nell'alveo delle condizioni di identificazione dell'oggetto del contratto (come tali, astrattamente ingiudicabili sotto il profilo dell'abusività) in quanto integrante un contratto derivato con una causa a sé stante, allora i termini della questione cambiano, e l'applicazione pedissequa dell'art. 34, secondo comma, cod. cons. potrebbe non costituire più la strada corretta da seguire al fine di valutare l'effettiva sussistenza di uno squilibrio tra le parti contraenti.

La clausola *floor*, pertanto, come si evince dalle riflessioni della dottrina in merito, potrebbe essere vessatoria per due ordini di ragioni: o in quanto portatrice di uno squilibrio normativo e non soltanto economico del contratto, oppure, qualora si ritenga che essa debba comunque sussumersi all'interno della categoria delle condizioni identificative del tasso di interesse e, quindi, del prezzo, in quanto redatta in modo non trasparente.

Quanto alla prima ipotesi di vessatorietà, si è sottolineato come, in concreto, risulti estremamente difficoltoso comprendere se alcune pattuizioni siano portatrici di uno squilibrio economico oppure di uno squilibrio dei diritti e degli obblighi scaturenti dal contratto.

Vi sarebbero infatti determinate clausole che, seppur mascherate da condizioni economiche, risultano invece idonee a trasferire rischi e costi

⁹² Vedi sul punto BUSSO, in IAS 39. Strumenti finanziari: rilevazione e valutazione, in Dezzani, Biancone, Busso (a cura di), IAS/IFRS, Milano, 2012, 1815.

sulla controparte. Tra esse rientrano, ad esempio, le clausole di modificazione e di adeguamento del prezzo, o quelle di garanzia monetaria.

Si tratta di pattuizioni che, pur producendo un visibile impatto economico, incidono, inevitabilmente, anche sul piano normativo e pertanto, essendo idonee a modificare l'assetto degli interessi e la distribuzione del rischio negoziale, non potrebbero astrattamente ritenersi immuni da un giudizio di abusività.

Traslando siffatte considerazioni al caso in esame, relativamente ad una clausola *floor* inserita nel regolamento contrattuale di un mutuo a tasso variabile, l'interprete dovrà quindi valutare se, concretamente, dati la natura, l'economia generale e le altre stipulazioni del contratto di mutuo, nonché il suo contesto giuridico e fattuale, la clausola *floor* abbia prevalentemente una funzione remunerativa e costituisca pertanto un elemento essenziale della prestazione del debitore (più precisamente, una pattuizione integrante l'obbligazione relativa al pagamento degli interessi). In caso contrario, qualora si ritenga invece che essa non si limiti ad incidere sul contenuto economico del contratto, ma modifichi la promessa della prestazione principale, incidendo in siffatto modo direttamente sulla posizione giuridica dei contraenti, allora potrà senza dubbio essere assoggettata a controllo contenutistico.

Al fine di verificare se, nella singola fattispecie dubbia, possa ritenersi integrato uno squilibrio normativo, occorrerà *in primis* controllare che la distribuzione dei rischi scaturenti dal contratto risulti simmetrica. Nel fare ciò, si dovranno tenere in considerazione tutte le altre clausole che compongono il regolamento pattizio, in quanto lo squilibrio di una di esse potrebbe essere bilanciato da ulteriori attribuzioni negoziali⁹³.

⁹³ Sul punto, già affrontato in precedenza nel presente lavoro, si veda anche LENER, La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, in Foro. It.,

Il divario determinato dall' inserimento della clausola *floor* all'interno del regolamento contrattuale potrebbe infatti essere compensato attraverso l'ulteriore previsione, ad esempio, di una clausola cosiddetta “*cap* “speculare e contraria⁹⁴. Mediante quest'ultima, infatti, l'intermediario bancario acquisisce sì un *floor* ma, contestualmente, vende al cliente un *cap*, con un effetto di bilanciamento dei rischi e di compensazione dei premi.

Naturalmente tale doppia previsione contrattuale dovrà essere congegnata in modo da realizzare un livello di protezione reciproca e proporzionale e, quindi, con modalità tali da non arrecare pregiudizio al cliente. Pertanto dovranno ritenersi non idonee a realizzare il suddetto obiettivo quelle “pseudo clausole *cap*”⁹⁵ che individuano nella soglia antiusura rilevata su base trimestrale il tasso fisso predeterminato (le cosiddette clausole di salvaguardia^{96,97}).

V, 1996, 152; BIN, Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?), in *Contratto Impr. Eur.*, 1996, 443 ss.

⁹⁴ Per clausole “*cap*” si intendono le pattuizioni attraverso le quali le parti di un contratto di finanziamento stabiliscono che il tasso di interessi compensativo, destinato ad assolvere alla funzione remunerativa per la banca, non possa mai superare, nonostante le oscillazioni del costo del denaro, una certa soglia massima. Da ciò si comprende la funzione speculare e contraria di una siffatta condizione contrattuale rispetto alla clausola *floor*.

⁹⁵ SARTORI, op. cit., 11.

⁹⁶ Clausole elaborate nella prassi negoziale per rimediare ai rischi legali connessi all'usura sopravvenuta. Esse sono state già sottoposte a un primo vaglio positivo dalla giurisprudenza di merito. Vedi in tal senso Trib. Roma, 14 novembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 3 dicembre 2014; Trib. Napoli, 4 giugno 2014; Trib. Napoli, 9 gennaio 2014; tutte in www.expartecreditoris.it. Nello stesso senso si vedano altresì le pronunce dell'Arbitro Bancario e Finanziario, ABF, Collegio di Napoli, 13 gennaio 2014.

⁹⁷ Quest'aspetto è stato colto anche dalla ABF, Collegio di Napoli, 5 maggio 2014, n. 2735 ove testualmente si legge: “(...) risulta confermato che, nel caso di specie, non sia stata inserita una clausola di tenore contrario, c.d. *cap*, che, all'opposto, avrebbe garantito il mutuatario contro il rischio di una lievitazione eccessiva del tasso di interessi. Ed, infatti, la disposizione negoziale che introduce il divieto di superare il tasso effettivo globale medio praticato per le operazioni di mutuo, aumentato della metà, sempre in ragione d'anno, non contiene quella che può tecnicamente definirsi una clausola *cap*: tale previsione, in effetti, si limita a prevedere una clausola di contenimento del tasso, in corrispondenza del divieto legale di superamento del tasso soglia usurario, ma non

Inoltre, al fine di valutare in concreto la possibile vessatorietà della clausola *floor*, dovrà constatarsi altresì che lo squilibrio normativo eventualmente prodotto venga poi controbilanciato dall'adeguatezza del corrispettivo pattuito. Come è stato affermato, lo squilibrio normativo può infatti trovare adeguata soddisfazione economica⁹⁸.

Qualora la banca decida di acquistare l'opzione, dovrà pertanto pagare un premio adeguato al cliente. Il mancato pagamento dello stesso, in assenza di diversa e apprezzabile utilità, rappresenterebbe infatti un preciso indice del carattere vessatorio della clausola, in quanto lo squilibrio normativo introdotto non risulta in alcun modo compensato da una contropartita economica offerta al cliente.

Riprendendo ora le fila del discorso, qualora sulla base dell'applicazione del criterio della prevalenza si addivenga invece alla conclusione che la causa del contratto di mutuo a tasso variabile con opzione *floor* (il quale risulta essere, evidentemente, un contratto con causa mista) non sia quella speculativa tipica di un negozio contenente un derivato nascosto, bensì quella di finanziamento, allora alla condizione contrattuale qui oggetto di analisi dovrà, per forza di cose, riconoscersi nuovamente il ruolo remunerativo che tradizionalmente gli compete.

Anche così procedendo, tuttavia, ci è oramai noto come il giudizio di vessatorietà su tale clausola possa comunque essere espletato, in ragione dell'utilizzo del criterio della trasparenza, che, applicato ad una tipologia di condizione contrattuale come quella *floor*, assume un significato ancor più rilevante.

In termini generali, la funzione dei presidi di *disclosure* è quella di assicurare alla clientela un'adeguata comprensione delle caratteristiche

può considerarsi espressiva della volontà convenzionale di introdurre un bilanciamento del vantaggio assicurato al mutuante, tramite un reciproco e corrispondente vantaggio riconosciuto al mutuatario".

⁹⁸ MINERVINI, I contratti dei consumatori, in Trattato Roppo, IV, Rimedi, Milano, 2006, 556.

dell'operazione che sta ponendo in essere. Maggiore sarà la complessità del prodotto negoziato, più incisivo dovrà, conseguentemente, essere il contenuto dei siffatti obblighi a carico del professionista.

Con riguardo quindi alla clausola *floor*, prodotto la cui natura giuridica risulta essere, come visto, difficilmente inquadrabile e particolarmente articolata, i doveri di trasparenza, allora, potranno reputarsi rispettati soltanto qualora risulti chiaro, per il consumatore, il funzionamento in termini economici della suddetta, ovvero le caratteristiche del derivato a contenuto opzionale incorporato nel negozio principale.

La logica dell'investimento garantito nasconde, come già sottolineo, una diversa distribuzione del rischio tra le parti negoziali rispetto a quella che si riscontra nei normali finanziamenti a tasso variabile; diversa ripartizione del rischio che, a sua volta, dipende dall'andamento dei tassi di riferimento futuri.

Tali aspetti non possono non essere esplicitati e spiegati alla clientela, essendo determinazioni essenziali del negozio giuridico in questione. Essi, infatti, consentono al cliente di cogliere la funzione in concreto dell'operazione, che è, indubbiamente, finanziaria.

Ampliando per un secondo la prospettiva d'indagine ed adottando un'ottica comparatista, occorre precisare che le suddette riflessioni, come anticipato al principio del presente paragrafo, sono state affermate da una nota sentenza del Tribunale Supremo Spagnolo del 9 maggio 2013⁹⁹.

Tale decisione risulta essere particolarmente significativa non tanto in quanto i giudici hanno ivi riconosciuto natura di condizione generale di

⁹⁹ Per un primo commento sulla sentenza si veda HORNERO MÉNDEZ, La giurisprudenza (al salvataggio) della crisi: sentenza del Tribunale Supremo, 9 maggio 2013, sulle clausole abusive nei contratti di mutuo ipotecario con interesse variabile, in *Annuario del contratto*, (diretto da) D'Angelo e Roppo, Torino, 2013, 297 ss.

contratto alle clausole pavimento¹⁰⁰, quanto piuttosto perché il tema della vessatorietà della siffatta clausola viene ancorato a quello del controllo di trasparenza.

I giudici spagnoli arrivano infatti, in tale occasione, ad affermare che l'oscurità e la non comprensibilità delle clausole *floor* ne determinerebbero senz'altro la nullità (parziale), ferma la conservazione dell'efficacia del contratto nella sua integralità.

Proseguendo nella loro argomentazione, essi precisano inoltre come il significato rilevante della clausola, il quale deve essere chiaramente trasmesso al consumatore, non è quello meramente linguistico, ma quello sostanziale, relativo cioè al precetto negoziale nella sua complessità. In questo senso l'aderente deve essere messo nelle condizioni di conoscere "(...) tanto il significato economico del contratto concluso, da intendersi come sacrificio patrimoniale da affrontare in cambio della prestazione che si intende ottenere, quanto il significato giuridico dello stesso, ovvero l'esatta definizione della sua posizione in termini di diritti e di doveri; tanto i presupposti e gli elementi tipici che configurano il negozio, quanto l'assegnazione e la distribuzione dei rischi derivanti dal medesimo"¹⁰¹.

A questo punto è possibile formulare, sulla base delle considerazioni svolte sinora, un'importante conclusione.

La validità della clausola *floor*, tradizionalmente ritenuta certa stante la sua iniziale collocazione tra le condizioni contrattuali di cui all'art. 34, secondo comma, cod. cons. che la rendeva imperscrutabile da parte dell'autorità giudiziale, viene messa ad oggi in discussione dal rinnovato ruolo attribuito alla trasparenza dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

¹⁰⁰ Nella sentenza in commento si legge infatti come la natura di condizione generale di una clausola non è esclusa dal fatto che essa incida sull'oggetto del contratto, avendo valore solo l'eventuale negoziazione individuale tra le parti, che per il *Tribunal Supremo* non si ravvisa qualora il professionista si limiti a mettere a disposizione del cliente una pluralità di offerte contenenti condizioni generali.

¹⁰¹ Così si legge, letteralmente, nella sentenza spagnola citata.

Secondo le pronunce dei giudici comunitari qui esaminate, la trasparenza a cui si riferisce la disciplina consumeristica, e sulla scorta della quale risulta plausibile un sindacato di vessatorietà avente ad oggetto le clausole di determinazione dell'oggetto del contratto e del corrispettivo dei beni e dei servizi, diviene infatti una "trasparenza economica", come anche in questa sede si è scelto di denominarla, mutuando una calzante definizione elaborata dalla dottrina.

Tale nuova accezione imporrebbe cioè, come già si è avuto modo di rimarcare, che il contratto esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale si riferisce la clausola principale, di modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi ed intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano.

Sulla scorta di tali premesse, si può agevolmente dedurre che una clausola *floor*, per essere considerata redatta in maniera chiara e comprensibile, dovrà necessariamente indicare le ragioni economiche ad essa sottostanti, le modalità di funzionamento del meccanismo opzionale, la distribuzione (probabilistica) del rischio, nonché la correlazione tra tasso minimo e premio dovuto al cliente¹⁰². Dovrebbe quantomeno palesare, insomma, la sua celata natura di derivato implicito.

La clausola *floor*, in definitiva, costituirebbe il tipico esempio di condizione contrattuale a contenuto economico che, ad oggi, potrebbe in astratto essere ritenuta abusiva alla luce dell'applicazione della nuova accezione della trasparenza di matrice giurisprudenziale (nonché alla luce dell'inquadramento della stessa nella categoria dei contratti derivati nascosti).

Per siffatta tipologia di clausola, insomma, il giudizio di vessatorietà, uscito dal portone principale dell'insindacabilità del contenuto economico del

¹⁰² In questi termini si esprime SARTORI, op. cit., 17.

contratto, potrebbe quindi rientrare dalla porta di servizio della trasparenza qualificata.

3.2 Il Decreto Mutui (D. Lgs. n. 72/2016) ed i relativi obblighi di trasparenza. Focus sul Prospetto Informativo Europeo Standardizzato (cd. PIES)

La tematica della trasparenza intesa in senso economico, in particolar modo nell'ambito della contrattazione bancaria, sembrerebbe aver ricevuto, in tempi recenti, un riconoscimento anche di tipo legislativo.

Il riferimento è al D. Lgs. n. 72/2016 (c.d. Decreto mutui), emanato in attuazione della direttiva n. 2014/17/UE (denominata *Mortgage Credit Directive*), il quale, apportando innumerevoli modifiche al Testo Unico Bancario, ha riformato la disciplina relativa all'offerta ai consumatori di contratti di credito immobiliare, con l'obiettivo di accrescere la protezione della clientela e, conseguentemente, di favorire la concorrenza, su questa tipologia di mercato, all'interno dell'Unione Europea.

Per il cliente che intende perfezionare un contratto di mutuo con l'intermediario bancario, la normativa in oggetto ha quindi introdotto molteplici tutele rinforzate, le quali hanno riguardato diversi aspetti, anche molto specifici, della contrattazione tra banca e consumatore: basta qui citare le novità inerenti al periodo di riflessione nel quale l'offerta di finanziamento resta vincolante per il soggetto finanziatore ma entro il quale il soggetto finanziato ha diritto a ponderare le diverse opportunità presenti sul mercato al fine di scegliere quella a lui più conveniente; o ancora, le novità concernenti le valutazioni peritali relative ai mutui garantiti da ipoteca e quelle vertenti sui finanziamenti denominati in valuta estera.

Ma le modifiche al Tub, apportate dal D.Lgs. n. 72/2016, le quali risultano essere più interessanti ai fini del presente lavoro, sono certamente quelle riguardanti la trasparenza delle condizioni contrattuali e le specifiche forme

di tutela precontrattuale riconosciute in capo al soggetto che ricopre il ruolo di consumatore.

Che il rafforzamento della trasparenza, nell'ambito della peculiare tipologia di contratti bancari cui si è fatto riferimento, sia stato uno dei principali obiettivi perseguiti dal legislatore (*in primis* comunitario e poi, a seguire, nazionale) nel dettare le novità normative in oggetto, lo dimostra l'art. 120-septies del decreto legge il quale, emanando i principi generali, precisa che il finanziatore e l'intermediario del credito "(...) si comportano con diligenza, correttezza, e trasparenza, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori", ed inoltre "(...) basano la propria attività sulle informazioni rilevanti riguardanti la situazione del consumatore, su ogni bisogno particolare che questi ha comunicato, su ipotesi ragionevoli con riguardo ai rischi cui è esposta la situazione del consumatore per la durata del contratto di credito".

Prima di procedere ad analizzare il contenuto dei nuovi obblighi di *disclosure* riconosciuti in capo al professionista ad opera del D.Lgs. n. 72/2016, nonché i motivi per i quali i suddetti possono considerarsi appigli legislativi alla declinazione in senso economico del principio della trasparenza, è opportuno circoscrivere in breve l'ambito di applicabilità della normativa in oggetto.

Per quanto concerne il campo oggettivo, la nuova disciplina di tutela si applica a tutti i contratti di finanziamento garantiti da ipoteca da iscriversi sul diritto di proprietà o su altro diritto reale di un bene immobile residenziale. Essa si applica altresì ai finanziamenti finalizzati all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un bene immobile edificato o semplicemente progettato.

Quanto all'ambito soggettivo di applicazione, il legislatore richiede che i suddetti contratti siano stipulati tra i consumatori – persone fisiche da un lato, e le banche, gli intermediari finanziari, gli istituti di credito, i soggetti

finanziatori operanti professionalmente (in quanto abilitati ad erogare credito sul territorio della Repubblica Italiana) dall'altro.

Elemento essenziale perché la nuova disciplina di tutela trovi applicazione è, quindi, che il beneficiario del credito sia un soggetto "consumatore", ovvero una persona fisica che agisca per scopi estranei all'attività professionale, artigianale, commerciale o imprenditoriale eventualmente svolta.

Del tutto irrilevante risulta essere, invece, per il legislatore, la forma attraverso la quale il finanziamento viene a perfezionarsi. Si ritiene infatti che la normativa di tutela sia applicabile anche alle forme *sui generis* di erogazione del credito, come, ad esempio, le aperture di credito in conto corrente.

Assodato il settore di applicazione della disciplina, occorre ora esaminare il contenuto dei nuovi obblighi di trasparenza introdotti dal legislatore.

L'obiettivo di promuovere la sostenibilità nell'erogazione e assunzione dei prestiti e di garantire un adeguato livello di protezione ai consumatori che sottoscrivono contratti di credito relativi a beni immobili è stato perseguito mediante l'introduzione di obblighi informativi caratterizzanti soprattutto la fase precedente al perfezionamento del negozio.

Dall'articolato del D.Lgs. n. 72/2016 emerge infatti come, durante tale fase, sia necessario che gli intermediari rendano disponibili ai consumatori sia informazioni generali, chiare e comprensibili, inerenti la gamma di prodotti e servizi offerti e le principali caratteristiche degli stessi, sia informazioni personalizzate, ovvero dati e chiarimenti che consentano al consumatore di comparare le diverse offerte di credito proposte dal mercato, in modo da riuscire ad adottare una decisione ponderata circa l'opportunità o meno di finalizzare un dato contratto di credito.

Tra gli obblighi di informazione precontrattuale che il professionista è tenuto ad assolvere e che è stato introdotto proprio dalla normativa in commento, ve ne è uno la cui portata risulta determinante per il consumatore

nella comprensione delle clausole a contenuto economico e, più in generale, dei riflessi economici delle proprie scelte negoziali.

In virtù della nuova disciplina il soggetto finanziato deve ricevere infatti dal finanziatore, prima del momento in cui egli sia definitivamente vincolato al contratto, il cosiddetto Prospetto Informativo Europeo Standardizzato (più conosciuto con l'acronimo "PIES"), ovvero un documento contenente le specifiche informazioni tecnico-economiche personalizzate (inerenti, cioè, allo specifico contratto di credito da porre in essere) le quali permetteranno al consumatore di effettuare una attenta ponderazione utile ad evidenziare la convenienza o meno del finanziamento rispetto alle proprie esigenze.

Il PIES, seppur strumento di informazioni personalizzate, non può però essere assimilato al documento di sintesi, in quanto non si limita a contenere le informazioni essenziali inerenti il finanziamento da stipularsi, ma trasmette altresì dei dati che consentono al consumatore di raffrontare le diverse offerte di credito presenti sul mercato.

Quanto alla forma, il legislatore richiede che esso debba essere reso al cliente su supporto cartaceo o informatico e, seppur il punto è ancora discusso, si ritiene che al notaio rogante il mutuo non competa alcun obbligo in ordine al controllo sul contenuto del PIES, non competa altresì alcun obbligo di menzionare in atto (anche se, opportunamente, tale menzione dovrebbe essere espressa) l'avvenuto rilascio di tale documento, così come non competa alcun obbligo di allegazione dello stesso al contratto di finanziamento.

Ciò che interessa del PIES, ai fini dell'*iter* argomentativo seguito nel presente lavoro, è che, mediante la sua previsione, il legislatore ha previsto un documento, da consegnare obbligatoriamente da parte del professionista, avente proprio il precipuo scopo di aiutare il consumatore ad orientarsi e comprendere le sfaccettature economiche del contratto di finanziamento da porre in essere.

Le informazioni in esso racchiuse concernono infatti, prevalentemente, le caratteristiche economiche del finanziamento (ammontare delle rate e modalità utilizzate per il calcolo delle stesse, garanzie, durata, importi, TAEG, costi ed elenco di voci di spesa).

Una parte molto importante del suo contenuto attiene, inoltre, alle implicazioni per il consumatore conseguenti alla scelta del tasso di interesse del mutuo: in tale sezione, cioè, il finanziatore è obbligato a descrivere, ad esempio, le conseguenze economiche che si realizzerebbero qualora il consumatore optasse per un mutuo a tasso fisso piuttosto che per uno a tasso variabile, nonché ad evidenziare i *pro* ed i *contro* derivanti da una scelta o dall'altra, soprattutto sulla base del merito creditizio e delle esigenze manifestate dal cliente.

Sembrerebbe, in definitiva, che il PIES risulti essere una creazione legislativa volta a perseguire la realizzazione di una vera e propria trasparenza di tipo economico.

CAPITOLO QUARTO

LE CONSEGUENZE DEL GIUDIZIO DI VESSATORIETA' DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI NON TRASPARENTI

4.1.1 Profili critici: l'abusività delle clausole a contenuto economico tra nullità del contratto e integrazione giudiziale dello stesso

La giurisprudenza comunitaria citata nel presente lavoro¹⁰³ sembra aver aperto la strada verso una rinnovata lettura del criterio di trasparenza quale veicolo per il giudizio di vessatorietà delle clausole a contenuto economico inserite nella contrattazione consumeristica.

Parlare di trasparenza economica o performativa, come è stato fatto¹⁰⁴, significa infatti riconoscere al giudice un ruolo potenzialmente più decisivo nel valutare l'abusività di una clausola concernente la determinazione del prezzo, attribuendogli così uno strumento più efficace grazie al quale poter rispondere alle istanze consumeristiche, sempre più sensibili sul tema delle ripercussioni economiche delle proprie scelte contrattuali, soprattutto in particolari ambiti di negoziazione (come quello bancario, appunto, o quello finanziario).

Non preoccupandosi del rischio di essere tacciata quale pericolosa antagonista del dogma dell'autonomia privata, la Corte di Giustizia più volte, come si è visto, ha dimostrato la sua volontà di provare ad aprire una piccola breccia (seppur, è evidente, entro i più rassicuranti ranghi del

¹⁰³ Capitolo 2, paragrafi 2.2.1, 2.2.2 e 2.2.3

¹⁰⁴ PAGLIANTINI, op. cit.

giudizio della trasparenza) all'interno dello scigno economico della contrattazione tra professionisti e consumatori.

Tuttavia, accogliere un siffatto rinnovato ruolo della trasparenza nel contesto del sindacato di abusività delle clausole contrattuali, obbliga necessariamente ad analizzare non soltanto i potenziali effetti benevoli di tale sistema di controllo (traducibili in una tutela maggiorata per il consumatore), ma altresì i possibili aspetti problematici.

Ipotizzando, in virtù dell'utilizzo del nuovo criterio elaborato dalla giurisprudenza, un numero sempre maggiore di pronunce giudiziali positive all'esito di sindacati di vessatorietà aventi ad oggetto condizioni principali redatte in modo non trasparente (e, quindi, inidonee a rendere consapevole il consumatore delle conseguenze economiche del contratto), vengono infatti in rilievo alcune critiche, già in passato sollevate dalla dottrina, attinenti al momento dell'effettività del sindacato di abusività, le quali acquisiscono, ad oggi, un portata ancor più rilevante.

L'approccio tradizionale alla seconda parte dell'art. 34, secondo comma, cod. cons., incontra infatti, da sempre, almeno due ordini di problemi, percepiti come difficilmente risolvibili e che, pertanto, hanno fatto parlare di "contraddittorietà" e "discutibilità" con riferimento al precetto normativo in oggetto.

Il primo di essi riguarda la modalità pratica di funzionamento di un siffatto sindacato. Non è chiaro, infatti, in che modo possa concretamente realizzarsi una verifica giudiziale dello squilibrio in relazione alla porzione "economica" del contratto (quella, cioè, attinente all'oggetto ed al corrispettivo), considerata l'evanescenza (per non dire la carenza) dei parametri in base ai quali condurre un simile sindacato di adeguatezza delle clausole¹⁰⁵.

¹⁰⁵ FARNETI, op. cit., 268, nota 10.

A titolo esemplificativo, non è agevole stabilire se, qualora il consumatore non si costituisce in giudizio, sia anche in questi casi rilevabile d'ufficio la nullità dell'oggetto o dell'elemento accessorio dello stesso (quale il tasso d'interesse imposto dal professionista)¹⁰⁶; così come risulta arduo comprendere se il giudice potrà decidere autonomamente il prezzo adeguato per il ripristino del contratto, oppure dovrà attendere un'offerta di modificazione dello stesso da parte del professionista¹⁰⁷.

Ma il vero problema, quello più rilevante, riguarda la circostanza per la quale, nei casi in oggetto, la valutazione giudiziale, autorizzata in virtù della violazione del principio di trasparenza, si concentra su quella porzione contrattuale che identifica gli elementi essenziali, con la conseguenza che, all'eventuale accertamento della vessatorietà, dovrebbe seguire il venir meno dell'intero contratto, a meno di non ammettere, in capo all'autorità giudiziaria, poteri integrativi o sostitutivi della regola venuta a mancare.

Prima di affrontare più nello specifico il suddetto problema, ampiamente discusso dagli interpreti, è opportuno, però, enucleare quali sono state le ulteriori possibili sanzioni che, in dottrina ed in giurisprudenza, sono state ritenute astrattamente applicabili in caso di invalidità di una condizione contrattuale per inosservanza dell'obbligo di trasparenza.

Una prima sanzione è stata rinvenuta sul piano dell'interpretazione del contratto: si tratta della regola dell'interpretazione contro l'autore della clausola. Decodificando *a contrario* l'art. 34, secondo comma, cod. cons., come si è già più volte ricordato, è agevole desumere infatti che la mancanza di trasparenza delle clausole attinenti alla determinazione dell'oggetto del contratto e dell'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei

¹⁰⁶ Alcuni Autori affermano che, anche in questi casi, la rilevabilità d'ufficio "(...) verrà meno solo quando (e in quanto) risulti (ovvero sia allegato agli atti del giudizio e sia provato) che il soggetto legittimato abbia manifestato la volontà di convalidare il contratto o la clausola nulli". Così BONFIGLIO, La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione, in Riv. Dir. Priv., 2004, 899.

¹⁰⁷ VALLE, L'inefficacia delle clausole vessatorie, Padova, 2004.

servizi, pur non integrando di per sé un'ipotesi di vessatorietà, costituisce un elemento rilevante per il relativo giudizio, in quanto consente che questo verta anche su tali clausole, normalmente sottratte alla valutazione giudiziale.

In tal modo, assume una sua rilevanza, ai fini della tutela del consumatore, altresì la valutazione dello squilibrio meramente economico: l'intenzione del legislatore è quella, ormai nota, di tutelare il consumatore che non si sia accorto, al momento della stipulazione del contratto, delle effettive difficoltà o della reale dimensione della prestazione alla quale egli o il professionista è obbligato, e quindi dell'effettivo onere che il perfezionamento del negozio comporta.

Per tali ragioni, il professionista deve eliminare dai propri contratti ambiguità ed oscurità, se vuole ridurre il margine di discrezionalità del giudice nel valutare la vessatorietà di una clausola. Qualora non lo faccia e la clausola principale inserita risulti, all'esito del sindacato giudiziale, oscura e grammaticalmente, sostanzialmente, (ed ora anche) economicamente incomprensibile, si esporrà al rischio di un'interpretazione della stessa ad esso contraria.

Un ulteriore strumento astrattamente utilizzabile in caso di mancanza di trasparenza delle clausole contrattuali risulta essere, inoltre, l'esperimento di un'azione risarcitoria, ai sensi dell'art. 1337 cod. cons. Informazioni carenti ed oscure, soprattutto in fase di informativa precontrattuale, possono, pertanto, non solo incidere sul piano della validità, ma essere anche causa di risarcimento del danno.

Lo strumento principe, però, così come precisato dal legislatore, risulta essere quello della nullità della clausola: l'inadempimento degli obblighi di trasparenza può infatti incidere sulla validità della stessa condizione o dell'intero contratto.

Se le prime due sanzioni citate (interpretazione contro l'autore della clausola e risarcimento dei danni) non comportano particolari problemi in

fase attuativa del sindacato di vessatorietà delle clausole a contenuto economico redatte in modo non trasparente, più spinosa risulta essere la questione della nullità.

Uno degli elementi caratterizzanti della disciplina di cui alla direttiva 93/13/CEE e, quindi, degli artt. 33 ss. cod. cons., riguarda infatti la tendenziale sopravvivenza del contratto successivamente alla caducazione delle clausole considerate vessatorie.

L'art. 6 della citata direttiva comunitaria prevede, come è noto, che le clausole abusive non sono vincolanti per il consumatore, e che il contratto resta comunque vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le stesse.

L'art. 36, comma 1, cod. cons., trasponendo il medesimo principio nell'ordinamento nazionale, prevede invece che, con la declaratoria di nullità delle clausole vessatorie, "(...) il contratto rimane valido per il resto".

Si è in presenza, quindi, di una peculiare nullità parziale, in quanto non comportante l'applicazione del principio di cui all'art. 1419, comma 1, c.c., secondo il quale la nullità di una singola clausola determina la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto colpita da invalidità.

La suddetta normativa non risulta infatti parimenti trasferibile nell'ambito della contrattazione consumeristica, ove l'interesse alla protezione della parte debole del negozio richiede, infatti, che il contratto sopravviva (al fine di realizzare pienamente la scelta di consumo), seppur privato delle clausole pregiudizievoli¹⁰⁸.

Percorrere la strada maestra tracciata dalla normativa consumeristica rischia però di portare ad un vicolo cieco proprio in materia di clausole attinenti l'oggetto o il prezzo, che, seppure non direttamente vessatorie, possono

¹⁰⁸ VALLE, L'inefficacia delle clausole vessatorie, Padova, 2004, 193.

tuttavia diventarlo in caso di scarsa chiarezza e trasparenza.

Cosa fare nel caso in cui un giudice accerti l'invalidità, all'esito dell'espletamento del sindacato di abusività, di una clausola a contenuto economico redatta in modo non rispettoso del principio di trasparenza (in qualunque accezione, restrittiva o estensiva, quest'ultimo debba intendersi)? Applicare, nel caso proposto, la nullità parziale come testé descritta, impedirebbe al contratto di continuare a produrre i propri effetti, ritrovandosi esso privato di uno dei suoi elementi essenziali: l'oggetto. Stante l'apparente *impasse*, la dottrina si è da sempre interrogata su quale strada dovesse allora essere percorsa in tali casi, ed, in particolare, gli interrogativi si sono incentrati sulla possibilità di caducazione dell'intero contratto in presenza di clausole principali ritenute vessatorie o, più diffusamente, sulla possibilità di un intervento correttivo da parte del giudice diretto a salvaguardare l'efficacia del contratto stesso.

In altri termini occorre chiarire se e in che misura il giudice potrà procedere alla integrazione del contenuto contrattuale, in modo da salvaguardare la sussistenza del contratto (e quindi dello stesso regolamento di interessi).

Negli ordinamenti di altri Paesi membri sono previste espressamente norme sull'integrazione del contratto privato della o delle clausole vessatorie, che prevedono sostituzioni con norme dispositive di legge o l'intervento correttivo diretto da parte del giudice¹⁰⁹.

Nel nostro ordinamento, mancando un intervento normativo espresso e che prescriva un principio generale in tal senso¹¹⁰, non vi è dubbio però che, in

¹⁰⁹ Sul punto si veda Valle, Le nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione Europea e il confronto con le altre nullità di protezione, in *Contratto e Impresa*, 6, 2011, 1411, in cui si fa riferimento alla legislazione spagnola ed a quella dei paesi scandinavi.

¹¹⁰ Non sono mancate, infatti, all'interno delle leggi speciali, delle norme che hanno previsto l'integrazione del contratto da parte del giudice, ma solo al ricorrere di stringenti presupposti applicativi e nell'ambito della contrattazione tra professionisti. Sii pensi, ad es., all'art. 7 del d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, in tema di interessi nelle transazione commerciali, dove, nel testo originario (prima delle modifiche di cui al d. lgs. 9 novembre 2012, n. 192) era previsto espressamente il potere equitativo del giudice come fonte di

virtù dei criteri sull'interpretazione negoziale, l'integrazione sia possibile in presenza di norme dispositive. In assenza di tali norme, invece, permane il dubbio sull'ammissibilità di una qualche forma di integrazione del contratto, anche in considerazione del rischio di un intervento troppo invasivo da parte del giudice sul contenuto del regolamento negoziale.

In dottrina, c'è chi ha ritenuto ammissibile l'applicazione in via estensiva, in tali casi, dell'art. 1339 c.c. in materia di automatica sostituzione della clausola nulla¹¹¹, pur riconoscendo che la siffatta norma, già di per sé non da tutti ritenuta applicabile alle clausole abusive, per così dire, "ordinarie"¹¹², creerebbe notevoli problemi nel caso delle clausole sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, poiché imporrebbe sostanzialmente all'organo giurisdizionale di "(...) indagare il funzionamento del mercato al fine di individuare una regola che non sia iniqua né distorsiva della concorrenza e, quindi, di giungere in definitiva a determinare giudizialmente un prezzo equo e non eccessivo"¹¹³.

Gli interpreti italiani, comunque, sono per la maggior parte abbastanza critici verso l'ammissibilità di una integrazione correttiva del contratto da parte del giudice¹¹⁴, basando il loro convincimento su un'argomentazione

correzione degli accordi iniqui.

¹¹¹ Sul tema cfr. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in AA.VV., *Le forme della nullità*, cit., 83 ss.; nonché MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione e caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. impr.*, 1995, 1097 ss.

¹¹² Esclude, più genericamente, l'applicabilità di quanto disposto dal comma 2 dell'art. 1419 c.c. PASSAGNOLI, *Art. 1469 quin-ques comma 1,3 e 5*, in AA.VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, 162, rilevando che essa «presuppone l'esistenza di norme imperative sostitutive, mentre, in tema di clausole vessatorie, l'esistenza di simili norme sarebbe di regola esclusa dalla natura dispositiva della disciplina con esse derogata». Dello stesso avviso sembra-rebbero essere MONTICELLI, *op. ult. cit.*, 569 ss.; BOZZI, *Le clausole vessatorie sotto giudizio di abusività*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 548

¹¹³ D'ADDA, *Nullità parziale ed integrazione del contratto*, cit.,

¹¹⁴ D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, 22 ss.; DELLA NEGRA, *Il "fairness test" nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, in *Contratti*, 2013, 1063.

solida e tratatizia. Un siffatto riconoscimento, determinerebbe cioè ingiustificabili asimmetrie tra le parti, ove si consideri che un potere di riequilibrio del risultato economico del contratto non è consentito al giudice neppure nel caso in cui si verificano gravissime scorrettezze della controparte, quali ad esempio la violenza morale.

Alla luce di tutto ciò, è possibile comprendere le ragioni per le quali nell'ordinamento italiano, sino ad oggi, risultasse difficilmente sostenibile una tesi che accordasse all'autorità giudiziaria un (generico e totale) potere di invasione in una sfera lasciata, per esplicita volontà del diritto stesso, alla libera scelta dei contraenti.

Anche nella giurisprudenza interna è difficile rintracciare apporti rilevanti ai fini della discussione in oggetto, essendo stati chiamati, i giudici di merito, solo in rare occasioni a pronunciarsi su casi del genere.

Occorre però qui citare la sentenza del 12 gennaio 2007 attraverso la quale il Tribunale di Milano si è pronunciato in ordine ad un contratto di assicurazioni contenente una clausola di rinvio ad un documento esterno per la definizione dell'intero contenuto del contratto che l'assicurato si era impegnato ad accettare.

Secondo i giudici milanesi, la suddetta clausola è da considerare vessatoria ai sensi dell'art. 33, comma secondo, lett. l), cod. cons., in modo che la mancata accettazione del contenuto sostanziale del contratto da parte del consumatore, determina la nullità dell'intero negozio per difetto dell'elemento volitivo ex art. 1418, comma secondo, c.c.

Nulla viene detto, però, sulla possibilità che, nei casi di dichiarazione di nullità di una condizione integrante il contenuto principale del contratto, vi sia spazio per un intervento integrativo e "perequativo" del giudice.

Ancora una volta è nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che è possibile ravvisare allora innovative (seppur criticate) decisioni sul tema. In particolare si fa qui riferimento alla già analizzata sentenza *Kasler*, nella quale i giudici comunitari, oltre a

rinnovare, come abbondantemente osservato, la lettura tradizionale del giudizio di trasparenza ex art. 34, secondo comma, cod. cons., abbracciano esplicitamente la tesi dell'integrazione giudiziale del contratto in caso di declaratoria di vessatorietà di una clausola avente ed oggetto la determinazione del prezzo o del corrispettivo dei beni o dei servizi.

4.1.2 La terza questione pregiudiziale della sentenza *Kasler*

E' opportuno a questo punto riprendere laddove si era lasciato nell'analisi esegetica della sentenza relativa alla causa C-26/13.

Il giudice del rinvio, infatti, aveva prospettato alla Corte una terza questione pregiudiziale, chiedendo in sostanza se, in una situazione come quelle di cui al procedimento principale¹¹⁵ in cui un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore non può sussistere dopo l'eliminazione di una clausola abusiva, una normativa interna che permette al giudice nazionale di sanare la nullità della clausola abusiva sostituendo a quest'ultima una disposizione di natura suppletiva, osti con l'articolo 6, paragrafo primo, della direttiva 93/13/CEE¹¹⁶.

Nel rispondere a tale questione giudiziale, la Corte, in questa occasione, decide di distaccarsi da un suo precedente orientamento¹¹⁷, ricordando, primariamente, come, data la natura e l'importanza dell'interesse pubblico

¹¹⁵ Per la ricostruzione della questione nel merito, si rinvia al capitolo secondo del presente lavoro.

¹¹⁶ Il quale, si rammenta, stabilisce che "(...)Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive".

¹¹⁷ Il riferimento è alla già citata sentenza *Banco Español de Crédito*, al punto 73, in cui la Corte ha dichiarato che "(...)l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro, che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola".

sul quale si basa la tutela assicurata ai consumatori che si trovano in una situazione d'inferiorità rispetto ai professionisti, la direttiva 93/13/CEE impone agli Stati membri, come risulta dal suo articolo 7, paragrafo primo, letto in combinato disposto con il ventiquattresimo considerando della medesima, di fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori.

Proseguendo la Corte, rimarcando un'argomentazione la quale sembrerebbe in contraddizione con la decisione finale, precisa che, se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, tale facoltà rischierebbe effettivamente di contribuire ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla sanzione della pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive. Essi, infatti, sarebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti.

Tuttavia i giudici comunitari sottolineano come, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, il fatto di sostituire ad una clausola abusiva una disposizione del diritto nazionale di natura suppletiva (di modo che il contratto possa sussistere malgrado la rimozione della clausola) è pienamente giustificato proprio data la finalità della direttiva 93/13/CEE.

Infatti una siffatta integrazione giudiziale sarebbe conforme, per la Corte di Giustizia, proprio all'obiettivo perseguito dell'articolo 6, paragrafo primo, della direttiva: tale disposizione infatti, secondo la giurisprudenza consolidata¹¹⁸, tende a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime.

¹¹⁸ Vedi in tal senso sentenze Pereničová e Perenič, C-453/10, EU:C:2012:144, punto 31, nonché Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, punto 40.

Viceversa se in una situazione come quella di cui al procedimento principale non fosse consentito sostituire ad una clausola abusiva una disposizione di natura suppletiva, obbligando il giudice ad annullare il contratto nel suo insieme, il consumatore potrebbe essere esposto a conseguenze particolarmente dannose, cosicché il carattere dissuasivo risultante dall'annullamento del contratto rischierebbe di essere compromesso.

In altri termini, proprio perché la direttiva 93/13/CEE ha come scopo la protezione di un interesse al contratto e non al recesso, la funzione integrativa è destinata a riemergere quando la mera disapplicazione della clausola finirebbe per importare la caducazione del contratto, ovvero per renderne impossibile l'esecuzione, esponendo così il consumatore ad una tutela che in realtà non lo protegge.

“Integrazione” ed “effettività” della tutela giurisdizionale, quando la lacuna involge un *essentiale negotii*, sembrano pertanto essere un binomio inscindibile.

Nel caso oggetto della causa *Kasler*, tra l'altro, il contratto nel quale figura la clausola essenziale abusiva è un mutuo; perciò, qualora si optasse per la tesi dell'impossibilità di una integrazione giudiziale, il risultato perseguito sarebbe quello di un caducarsi del titolo importante per il consumatore, con conseguente obbligo alla restituzione immediata della somma mutuata. E poiché il consumatore mutuatario, pure a non supporre che versi in una situazione di precarietà finanziaria, è un soggetto mancante solitamente della liquidità necessaria ad una restituzione immediata, è *in re ipsa* che una nullità totale rischierebbe di produrre pure il risultato di assoggettare il consumatore a procedimenti esecutori.

Insomma, nel periodare argomentativo della Corte, il ricorso al diritto dispositivo rileva come forma manifestativa di un'integrazione del contratto intesa come momento nel quale si concretizza il diritto ad un rimedio effettivo. Se infatti la sostituzione della clausola invalidata, sebbene possibile,

non fosse consentita, la stessa efficacia dissuasiva della sanzione della nullità (parziale) rischierebbe di essere compromessa¹¹⁹.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte, in definitiva, risolve la terza questione pregiudiziale, dichiarando non solo possibile e non in contrasto con la normativa comunitaria l'intervento integrativo del giudice, post-sindacato di vessatorietà di una clausola principale, volto a mantenere in vita il contratto, ma addirittura auspicabile, in quanto strumento assolutamente conforme alla *ratio* dell'impianto di tutela cucito addosso al consumatore.

La sentenza esaminata, ad oggi, sembra essere rimasta, tuttavia, un caso isolato: le decisioni ad essa successive in cui i giudici comunitari sono stati chiamati a pronunciarsi su casi simili, infatti, appaiono tutte orientate a far rientrare l'esito del giudizio di vessatorietà nei confini della mera caducazione della clausola. A ben guardare tuttavia, in materia di effetti del sindacato di abusività di quella particolare tipologia di clausole contrattuali attinenti all'oggetto principale, l'autorità giudiziaria si mostra ben lieta di appoggiare le conclusioni della sentenza *Kasler*.

Basti qui citare una sentenza emanata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea poco tempo dopo la decisione inerente alla causa *Kasler*, e precisamente la sentenza cd. *Unicaja Banco*, relativa alle cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13.

In questo caso le fattispecie concrete riguardavano diversi procedimenti di esecuzione forzata immobiliare che due banche spagnole avevano avviato contro alcuni consumatori, in dipendenza dei contratti di mutuo ordinario garantiti da ipoteche con essi stipulati.

Nell'ambito di tali procedure, i giudici designati si sono interrogati sul carattere abusivo di talune clausole inserite nei citati contratti, nonché sulla

¹¹⁹ Così si legge in Pagliantini, op. cit., 862.

compatibilità della normativa spagnola in tema di crediti ipotecari con il diritto dell'Unione in materia di clausole vessatorie.

In merito alle clausole sospette, occorre segnalare che i contratti controversi si caratterizzavano per la previsione di tassi d'interesse moratori particolarmente alti, nonché per l'esistenza di una clausola di decadenza dal beneficio del termine pattuito in caso di inadempimento del mutuatario, con conseguente diritto per il mutuante di anticipare la data di esigibilità inizialmente concordata e di richiedere il pagamento dell'intero capitale dovuto (maggiorato degli interessi di mora, delle commissioni e delle spese concordati).

Ritenendo di poter pronunciarsi positivamente sulla vessatorietà delle siffatte condizioni contrattuali, i giudici spagnoli ipotizzavano altresì la possibilità di effettuare una sostituzione delle stesse con determinazioni più eque, mediante l'applicazione della normativa nazionale, in particolar modo, dell'art. 114 della *Ley Hipotecaria*, la quale dispone che gli interessi di mora, relativi a contratti di mutuo ipotecario per l'acquisto di immobile da adibire ad abitazione principale, non possano eccedere il triplo del tasso di interesse legale e possano maturare solo sulla somma principale insoluita, ma, soprattutto, dell'art. 83 del Decreto Legislativo n. 1/2007 secondo il quale le clausole vessatorie sono nulle di diritto e la parte del contratto affetta da nullità è integrata conformemente alle disposizioni del codice civile ed al principio di buona fede oggettiva.

Alla luce di quanto detto, i giudici spagnoli decidevano pertanto di attivare il rinvio pregiudiziale, chiedendo se una siffatta normativa nazionale fosse in contrasto con l'ormai famigerato art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE.

La Corte di Giustizia, nel rispondere a tale quesito, in primo luogo, segnala che l'ambito di applicazione della legge ipotecaria spagnola è più ampio rispetto ai confini del diritto consumeristico. In secondo luogo, argomentando sulla base degli articoli 3, 6 e 7 della citata direttiva

comunitaria e richiamando i suoi precedenti orientamenti¹²⁰, riafferma il principio secondo cui il contratto contenente una clausola vessatoria rimane vincolante nella sua restante parte, nonostante la nullità della singola clausola, essendo esclusa qualsiasi sostituzione automatica delle condizioni nulle con norme legislative di tipo dispositivo o qualsiasi correzione del regolamento negoziale a mezzo provvedimento giudiziale.

La Corte ricorda infatti che il contratto deve sussistere, in linea di principio, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile.

Normative nazionali le quali permettessero l'integrazione del contratto sarebbero in contrasto, secondo la Corte, con il dato normativo della direttiva e vanificherebbero la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'articolo 7 della medesima (il quale, si ricorda, stabilisce che 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 un professionista e dei consumatori).

Continuando nel loro ragionamento però, come si è già anticipato, i giudici comunitari precisano come solo in un caso la descritta regola soffrirebbe invece di una deroga: ove il contratto concluso tra professionista e consumatore non possa sussistere dopo l'eliminazione della clausola abusiva, sarebbe compatibile con il diritto dell'Unione Europea una normativa interna che permetta al giudice nazionale di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva.

¹²⁰ *Kásler et Káslerné Rábai* C-26/13, in *Dir. civ. cont.* 25 giugno 2014, con nota di D'Adda, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*; *Asbeek Brusse e de Man Garabito*, C-488/11; *Banco Español de Crédito*, C-618/10.

Alla luce del descritto panorama normativo, dottrinale e giurisprudenziale (sia interno che comunitario) in materia di possibile integrazione giudiziale del contenuto economico e principale del contratto ritenuto invalido perché vessatorio, appare con tutta evidenza come il tema sia ancora piuttosto dibattuto. Al fine di dare una risposta esauriente, occorrerà allora attendere gli ulteriori sviluppi giurisprudenziali (per capire se, quanto affermato nella causa *Kasler*, si tramuti in un vero e proprio filone consolidato).

4.1 Considerazioni conclusive

E' opportuno a questo punto trarre alcune considerazioni conclusive all'esito di quanto sinora analizzato.

Al principio del presente lavoro ci si era interrogati sulla possibilità di attribuire alla trasparenza di cui all'art. 34, secondo comma, cod. cons., alla luce di recenti pronunce giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, una rinnovata funzione, volta ad esplicitare e spiegare al consumatore le reali conseguenze economiche, suscettibili di ripercuotersi sulla propria sfera patrimoniale, spesso celate dietro un linguaggio anfibologico (se non, in alcuni casi, reticente) che può contraddistinguere la contrattazione con il professionista. Linguaggio che, tra l'altro, anche presupponendo la buona fede di quest'ultimo, risulta fisiologicamente oscuro per quelle determinate tipologie di contratti contraddistinte da un forte grado di tecnicismo (come, ad esempio, i contratti bancari, sui quali si è scelto infatti, in questa sede, di focalizzare maggiormente l'attenzione).

Per tentare di dare una risposta alla suddetta domanda si è proceduto, primariamente, ad inquadrare esegeticamente l' art. 34, secondo comma, cod. cons., anche ponendosi in una prospettiva di tipo storico. Nel far ciò, per esigenze espositive, si è scelto di affrontare l'analisi del dato normativo scindendo quest'ultimo in due sezioni (come, tra l'altro, sembrerebbe aver fatto lo stesso legislatore nel formulare la norma).

Pertanto si sono chiarite, innanzitutto, le ragioni di politica legislativa alla base della scelta di prevedere, quale limite negativo del sindacato di vessatorietà delle clausole, l'intangibilità del contenuto economico del contratto, per arrivare poi ad esaminare il significato del principio di trasparenza quale eccezione all'insindacabilità delle condizioni attinenti alla determinazione dell'oggetto del contratto o all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi.

Prendendo spunto dalle più volte citate recenti pronunce della Corte di Giustizia sul punto, si è quindi sottolineato come, nell'ambito dell'interpretazione del concetto di trasparenza di cui alla normativa in esame, si sia percorso un triplice passaggio, da un concetto di trasparenza in senso formale (concernente la mera comprensibilità linguistica delle condizioni contrattuali) ad uno in senso sostanziale (ovvero diretto a palesare gli eventuali disequilibri scaturenti dal perfezionamento del contratto consumeristico), per passare infine, come sembrerebbe ad oggi, ad una nuova accezione della trasparenza, da taluni definita "economica", in quanto più specificatamente rivolta a far comprendere al consumatore le ripercussioni patrimoniali scaturenti dalle condizioni "principali" inserite all'interno del regolamento contrattuale.

Alla luce di tale constatazione si è cercato, quindi, di individuare delle tipologie di clausole contrattuali a contenuto economico che, quanto alle loro caratteristiche, potrebbero essere oggi sottoposte al giudizio di vessatorietà mediante l' utilizzo dello strumento della "nuova" trasparenza: all'uopo, si è tentato di fare tale esperimento applicativo prendendo in considerazione le clausole *floor* inserite nei contratti di mutuo bancario a tasso variabile, sulla cui ammissibilità e sulla cui idoneità ad essere fonte di sproporzionalità giuridica tra le parti è stato spesso chiamato ad esprimere una decisione anche l'Arbitro Bancario e Finanziario.

All'esito del siffatto percorso argomentativo, si ritiene che si possa certamente rispondere in senso affermativo al quesito inizialmente posto.

Dalle argomentazioni delle sentenze giurisprudenziali citate si evince, infatti, la volontà di provare a dare un impulso tutto nuovo al sindacato di vessatorietà delle clausole principali del contratto, individuando nel giudizio di trasparenza, così inteso, un elemento costitutivo della suddetta valutazione giudiziale. Seppur dovrà attendersi per capire se e quanto le citate pronunce saranno in grado di incidere sul piano applicativo in termini numerici, è indubbio che la Corte Europea, in tali occasioni, ha tentato di ridimensionare la regola dell'immunità dello squilibrio economico, con ogni probabilità in virtù della inespressa ragione per cui il principio del libero funzionamento dei meccanismi di mercato non può certamente diventare l'alibi per introdurre insindacabili limitazioni o esclusioni dei costi e/o dei rischi a vantaggio di una parte del contratto.

In ogni caso, stanti i pochi riconoscimenti espliciti della figura della trasparenza in senso economico da parte della dottrina, ma soprattutto le rare applicazioni della suddetta figura da parte dei giudici, rifuggendo da qualsiasi sensazionalismo giurisprudenziale (che intraveda in ogni pronuncia, anche solo parzialmente innovativa, la proclamazione di una qualche verità giuridica rivoluzionaria), deve altresì constatarsi come il presunto nuovo ruolo del giudizio di trasparenza nell'ambito del sindacato di vessatorietà non possa considerarsi assodato.

Numerose sono infatti le critiche suscettibile di essere mosse contro una siffatta impostazione (alcune di esse sono state analizzate nel corso del presente lavoro), tutte, comunque, riconducibili ad una medesima matrice: quella tradizionale e dogmatica dell'intangibilità del principio dell'autonomia privata.

Potrebbe affermarsi infatti come portare alle estreme conseguenze il discorso qui dipanato e, quindi, ritenere talmente evoluto il criterio della trasparenza da scardinare anche il contenuto minimo (quello economico) del contratto, significherebbe non solo mettere a repentaglio il corretto funzionamento del mercato ma, addirittura, ribaltare i termini del rapporto

asimmetrico tra professionista e consumatore; rapporto, quest'ultimo, che deve aspirare a divenire paritetico e non uguale ma contrario.

Per tali ragioni si ritiene che, piuttosto che tentare di dare una risposta certa all'interrogativo che ha costituito lo stimolo iniziale della presente ricerca, in questa sede occorre limitarsi a constatare come sia in atto una rinnovata tendenza, riscontrabile in tutti i momenti del discorso giuridico (legislativo, applicativo, interpretativo) ed in differenti settori della contrattazione, a guardare con sempre maggiore preoccupazione al contenuto economico del contratto ed ai disequilibri sostanziali che una non corretta pattuizione dello stesso è astrattamente idonea a realizzare.

La dimostrazione della sussistenza di tale *trend* risiederebbe, in termini generali, in un crescente ruolo "creativo" assunto della giurisprudenza, soprattutto comunitaria (di cui le pronunce qui oggetto di analisi sarebbero pertanto mere esemplificazioni), la quale, se solo in rarissime occasioni¹²¹ è intervenuta in maniera diretta a sindacare sul contenuto economico del contratto, in innumerevoli casi ha però inciso in maniera indiretta sull'equilibrio delle prestazioni contrattuali e delle posizioni delle parti negoziali, attraverso l'utilizzo di principi generali del diritto civile¹²². Tra questi, un ruolo fondamentale hanno assunto il principio della buona fede e quello dell'equilibrio degli interessi delle parti e dell'equa ripartizione dei

¹²¹ Il riferimento è, evidentemente, alla sentenza *Caja de Ahorros*, citata nel primo capitolo del presente lavoro.

¹²² Sul tema vedi ALPA, I "principi generali del diritto civile" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in *Giustizia Civile*, 2, 2014, 325 ss. e ALPA, I principi generali. Una lettura giusrealistica, in *Giustizia Civile*, 4, 2014, 957 ss, nel quale si legge che "(...) La Corte di Giustizia usa i principi per colmare le lacune sia dell'ordinamento primario, sia dell'ordinamento secondario, cioè il complesso delle regole che vigono all'interno dei sistemi nazionali. I principi rimbalzano da una corte all'altra e da un ordinamento all'altro. Specie tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali si è istituita una osmosi che tende ad accreditare principi di diritto comune che riguardano il diritto sostanziale e il diritto processuale".

rischi contrattuali, di cui la Corte di Giustizia ha fatto un ingente uso negli ultimi anni soprattutto in materia di contrattazione consumeristica¹²³.

Siffatto intervento “invasivo” da parte della giurisprudenza, c’è da dire, deve essere letto come tentativo di dare risposte esaustive alle crescenti istanze consumeristiche proprio in materia di presunta vessatorietà delle condizioni economiche del contratto e, più in generale, di equità del prezzo. A riprova di quanto detto, basta citare il clamoroso successo dell’esperienza italiana dell’Arbitro Bancario e Finanziario ed il numero di ricorsi, sottoposti all’attenzione di quest’ultimo, inerenti alla liceità di determinate clausole, inserite nei contratti di finanziamento, inerenti al calcolo del tasso di interesse.

La ragione storica del propagarsi di una siffatta tendenza, come già accennato al principio del presente lavoro, non può non rintracciarsi nell’attuale crisi economica, la quale spinge entrambe le parti negoziali (professionista e consumatore) a convenire con sempre maggiore criticità il contenuto economico del contratto, il quale, pertanto, può così divenire fautore di risvolti patologici che necessariamente richiedono un intervento giudiziale.

Se questa è la ragion d’essere della rinnovata propensione giudiziale ad addentrarsi nelle trame economiche del negozio, allora, si potrebbe obiettare, non si sta assistendo ad una reale modifica della concezione del principio della trasparenza e del sindacato di vessatorietà delle clausole, quanto piuttosto ad isolati interventi giurisprudenziali volti a risolvere singoli casi-limite fonte di eccezionali squilibri anche giuridici (oltre che economici) ed a fronteggiare l’eccezionale contingenza storica, la quale richiede tutele più incisive per il consumatore.

Tuttavia, banalmente, si potrebbe così rispondere alla siffatta obiezione: non sono forse le contingenze storiche, da fronteggiare anche in punto di diritto,

¹²³ Basti qui citare la sentenza Hamilton (C-412/06), la sentenza Messner (C-489/07), la sentenza El Corte Ingles (C-192/94) ed infine la sentenza Fritz (C-215/08).

a stimolare la discussione giuridica e la possibile creazione di nuove forme di tutela?

Anche assumendo un irrilevante utilizzo futuro del giudizio di trasparenza, declinato in termini economici, quale veicolo per valutare la vessatorietà delle clausole determinative del prezzo e dell'oggetto del contratto, non può comunque negarsi come, ad oggi, sia necessario, soprattutto per determinate tipologie di contratti, assicurare al consumatore mezzi e strumenti tali da consentirgli un maggior controllo ed una maggiore comprensione delle condizioni economiche.

Si potrebbe, a tal fine, rinforzare quella ulteriore tendenza legislativa, riscontrata nella recente produzione normativa, volta a calibrare l'intensità degli obblighi di *disclosure* e la tipologia di flussi informativi richiesti al professionista, in maniera diversa (più o meno incisiva) a seconda del tipo di contratto da concludersi e, quindi, a seconda del tipo di consumatore da tutelare (sul presupposto, come sempre più interpreti intendono sottolineare, che non esiste "un consumatore", ma diversi tipi di "consumatori", poiché diverse risultano essere le possibili estensioni delle asimmetrie informative che li vedono protagonisti).

Si potrebbe auspicare, inoltre, un rinforzamento dello strumento dell'educazione del consumatore, l'unico vero mezzo che, consentendogli di decifrare in maniera consapevole i copiosi e spesso complessi flussi di informazioni a lui indirizzati, in definitiva lo tuteli in maniera sostanziale.

Bibliografia

ADINOLFI, VELLANO, La crisi del debito sovrano degli stati dell'area euro. Profili giuridici, Torino, 2013

ALESSI, I contratti del consumatore, in BESSONE M. (a cura di), Istituzioni di diritto privato: Ventesima edizione, Giappichelli, Torino, 2013

ALPA (a cura di), I contratti del consumatore, Milano, 2014

ALPA , Ancora sulla definizione di consumatore, in I Contratti, 2001, fasc. n. 2

ALPA , Il diritto dei consumatori, Roma, 2002

ALPA G, Diritto privato europeo: fonti normative e programmi di armonizzazione, in Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, Giuffrè, Milano, 2006, Tomo I

ALPA, Contratti standard dei consumatori: una proposta di direttiva comunitaria, in Contr. E impr., 1991

ALPA, I “principi generali del diritto civile” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in Giustizia Civile, 2, 2014

ALPA, I diritti dei consumatori e il “Codice del consumo” nell’esperienza italiana, in Contratto e Impresa/Europa, 2006, fasc. n. 1

ALPA, I principi generali. Una lettura giusrealistica, in Giustizia Civile, 4, 2014

ALPA, Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori, in Contratti, 1994

ALPA, Quando il segno diventa comando: la trasparenza dei contratti bancari, assicurativi e dell’intermediazione finanziaria, in Economia e diritto del terziario, 2003

BARENGHI, Art. 34, in Codice del consumo. Commentario, a cura di V. Cuffaro e con il coordinamento di Barba e Barenghi, 3a ed., Milano, 2012

BASSAN, MOTTURA, Le garanzie statali nel sistema europeo di assistenza finanziaria agli Stati, in Mercato, Concorrenza, Regole, fasc. 3, Bologna, 2013

BERTOLO, Squilibrio normativo e buona fede nei contratti dei consumatori, in Giur. Comm, 2003, II, fasc. n. 4

BIN, Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?), in Contr. E impr. Eur., 1996

BIN, Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?), in Contratto Impr. Eur., 1996

BOCCHINI, Nozione normativa di consumatore e modelli economici, in Studi in onore di Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2004

BONELL, Prime osservazioni in ordine alla recente legge tedesca sulle condizioni generali di contratto, in Giur. Comm., 1977

BONFIGLIO, La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione, in Riv. Dir. Priv., 2004

BOZZI, Le clausole vessatorie sotto giudizio di abusività, in Riv. dir. civ., 2003

BUONOCORE, Contratti d'impresa, contratti dei consumatori, in Riv. Dir. Civ., I, 3, 1995

BUSNELLI, Note in tema di buona fede ed equità, in Riv. dir. civ., 2001, fasc. n. 5

BUSNELLI-MORELLO, La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in Riv. Not., 1995

BUSSO, in IAS 39. Strumenti finanziari: rilevazione e valutazione, in Dezzani, Biancone, Busso (a cura di), IAS/IFRS, Milano, 2012

CALVO, Le radici del moderno diritto privato europeo con riguardo al controllo sul contenuto del contratto standard, in Contr. E impr. Eur., 2001

CAPOBIANCO, Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori, Napoli, 2000

CAPOBIANCO, La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori (artt. 1469bis-1469 sexies), in Vita. Not., 1996

CAPOBIANCO, Le clausole vessatorie nei contratti bancari stipulati con i consumatori, Napoli, 1999

CARINGELLA, DE MARZO (a cura di), I contratti dei consumatori, Utet, Torino, 2007

CASTELLANI, DE FELICE, MORICONI, Manuale di Finanza, III, Modelli scolastici e contratti derivativi, Bologna, 2006

CASTRONOVO, Profili della disciplina nuova delle clausole cd vessatorie, in Eur. e dir. Priv., 1998

CATAUDELLA, I contratti, parte generale, Torino, 2014

CUCINOTTA, MORETTI, Strumenti della nuova finanza, Domestic interest rate swap, warrant, cap, floor, collar, Commercial Paper, opzioni, prestiti convertibili, Roma, 1988

D'ADDA, Nullità parziale ed integrazione del contratto, cit.

D'ADDA, Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto, in Contratti, 2013

D'AMICO, Clausole generali e controllo del giudice, in Giur. it., 2011

D'AMICO, Profili del nuovo diritto dei contratti, Milano, 2014

DE NOVA, La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole standard abusive, 1993

DE NOVA, Le clausole vessatorie, Milano, 1996

DE POLI, Rivista Diritto Civile, 1999

DELLA NEGRA, Il “fairness test” nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale, in Contratti, 2013

DI GIOVANNI, La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori, Torino, 1998

DI MARZIO, Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2004

DI MARZIO, Verso il nuovo diritti dei contratti (note sulla contrattazione diseguale), in Riv. dir. priv., 2002

FALCO, sub art. 1469-quater, in Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti, a cura di Vettori, Milano, 1999

FARNETI, La vessatorietà delle clausole “principali” nei contratti del consumatore, Milano, 2009

FEDERICO, Nuove nullità ed integrazione del contratto, in AA.VV., Le forme della nullità, cit.

FURGIUELE, Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, Bianca e Alpa (a cura di)

GABRIELLI (a cura di), Commentario al codice del consumo, Torino, 2011

GIAMMARIA, in Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, Comm. Schlesinger

GRECO, La violazione della regola della trasparenza nel mutuo con tasso floor ed il problema della scommessa razionale del derivato implicito, in Responsabilità civile e previdenza, I, 2015

GRECO, Profili del contratto del consumatore, Napoli, 2005

HOHLOCH, quale destino per l'AGBG? in Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria, (a cura di) Bianca e Alpa, Padova, 1996

HORNERO MÉNDEZ, Clausole abusive nei contratti di mutuo ipotecario con interesse variabile, in Annuario del contratto, (diretto da) D'Angelo e Roppo, Torino, 2013

HORNERO MÉNDEZ, La giurisprudenza (al salvataggio) della crisi: sentenza del Tribunale Supremo, 9 maggio 2013

LENER, La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, in Foro. It., V, 1996

MARCATAJO, Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection, in Europa e diritto privato, 2000

MASUCCI, in Commento all'art. 1469-quater, in Barenghi (a cura di) La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile, Napoli, 1998

MAZZAMUTO, Brevi note in tema di conservazione e caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva, in Contr. impr., 1995

MEUCCI, Commento all'art. 35, in AA.VV., Codice del Consumo, Commentario, a cura di Vettori, Padova, 2007

MINERVINI, I contratti dei consumatori, in Trattato Roppo, IV, Rimedi, Milano, 2006

MINERVINI, Principio di trasparenza, in Dizionari del diritto privato, a cura di Irti, Milano, 2011

MONTICELLI, in Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto, in Rass. Dir. Civ.

NAPOLITANO, PERASSI, La Banca Centrale Europea e gli interventi per la stabilizzazione finanziaria: una nuova frontiera per la politica monetaria?, in G. Amato e R. Gualtieri (a cura di), Prove di Europa Unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi, Miano, 2013

NUZZO, Accertamento della vessatorietà, in AA.VV., Commentario al capo XIV del codice civile: dei contratti del consumatore, in Nuove leggi civ. commentate, 1997

OPPO, Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale, in Riv. dir. civ., 1999

PAGLIANTINI, L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?, in I contratti, 10, 2014

PAGLIANTINI, L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone della Corte di <giustizia (aspettando le clausole floor), in Persona e mercato, 2, 2016

PARDOLESI, Clausole abusive nei contratti dei consumatori, in Il Foro It., 1994

PARDOLESI, Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1995

PASSAGNOLI, Art. 1469 quin-ques comma 1,3 e 5, in AA.VV., Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti, a cura di G. Vettori, Padova, 1999

PENNASILICO, L'interpretazione dei contratti del consumatore, in Il diritto dei consumi, a cura di Perlingieri e Caterini

PENNASILICO, Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un' ermeneutica contrattuale rinnovata, Napoli, 2011

PERLINGIERI, Il diritto dei contratti fra persona e mercato, Napoli, 2003

PERLINGIERI, Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato, in Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti, a cura di G. Vettori, Padova, 1999

PODDIGHE, I contratti con i consumatori, Milano, 2000

RABITTI, La qualità di “consumatore-cliente” nella giurisprudenza e nelle decisioni dell’arbitro bancario finanziario, in Contratto e Impresa, 1, 2014

RIZZO, Le clausole abusive nell’esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria

RIZZO, Trasparenza e “contratti del consumatore”, (La novella del codice civile), Napoli, 1997

RIZZO, Trasparenza e “contratti del consumatore”, Napoli, 1997

ROPPO, Il contratto del duemila, Torino, 2005

ROPPO, Clausole vessatorie (nuova normativa), in Enc. giur. Treccani, Roma, 1996

*ROSSI CARLEO L., Il diritto dei consumi: profili introduttivi, in
ROSSI CARLEO L. (a cura di) Diritto dei consumi. Soggetti,
contratti, rimedi, Giappichelli, Torino, 2012*

*ROSSI CARLEO L., Oltre il consumatore nel tempo della crisi: le
nuove competenze dell'AGCM, in Le obbligazione e i contratti
nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto,
Napoli, 2014*

*SARTORI, Divagazioni in tema di causa del contratto municipale
(alieno) derivato, in Riv. dir. priv., 2013*

*SARTORI, Sulla clausola floor nei contratti di mutuo Contratto e
impresa I, 2015*

*SCIARRONE-ALIBRANDI, Prime riflessioni sulla direttiva
comunitaria n. 93/13 (clausole abusive nei contratti stipulati
con i consumatori), in Banca e borsa, 1993*

*SIRENA, Il giudizio di abusività delle clausole cd. economiche, in
Alpa – Levi, I diritti dei consumatori e degli utenti, Milano,
2001*

SIRENA, Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, in Commentario SHLESINGER

TROIANO, sub art. 1469 bis, in ALPA - PATTI (a cura di), Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469 bis - 1469 sexies del Codice Civile, 1997

UDA, La buona fede nelle clausole abusive, in ALPA - PATTI, Clausole vessatorie nei contratti del consumatore, in Commentario c.c. Schlesinger-Busnelli, Milano, 2003

VALLE, L'inefficacia delle clausole vessatorie, Padova, 2004

VIGLIANISI FERRARO, La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita, in I Contratti, 10, 2010

WILL, Le condizioni generali di contratto secondo la nuova legislazione tedesca: la loro disciplina nei rapporti interni ed internazionali, in Riv. Dir. Comm., 1979