

LA PROCEDURA DI CONCILIAZIONE PER LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE TRA IMPRESE E CONSUMATORI IN MATERIA DI CLAUSOLE ABUSIVE

Di Cristina Dalia

| 251

SOMMARIO: 1. *Le ragioni dell'indagine* – 2. *L'ambito di applicazione soggettivo degli artt. 33-38 del codice del consumo* – 3. *Il complesso sistema di rimedi in caso di utilizzo di clausole abusive* – 4. *L'irrilevanza della buona fede nel giudizio di vessatorietà e il significativo squilibrio quale unico criterio di riferimento* – 5. *I limiti della nullità di protezione* – 6. *L'insuccesso dell'azione inibitoria* – 7. *La nuova tutela amministrativa riservata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato in caso di clausole abusive* – 8. *La procedura di conciliazione per la composizione extragiudiziale delle controversie tra imprese e consumatori.*

1. Le ragioni dell'indagine.

La disciplina delle clausole abusive nei contratti del consumatore¹, a poco meno di un ventennio dalla sua emanazione, continua a far parlare di sé per i recenti interventi legislativi diretti a migliorarne la portata garantista e questi offrono l'occasione per una verifica dei risultati derivanti dalla sua attuazione e dell'effettività della tutela così da ultimo arricchita.

L'introduzione di un intervento di natura amministrativa anche nell'ambito della contrattazione

squilibrata dal punto di vista normativo² impone di ricostruire l'attuale assetto del fenomeno della contrattazione standard con il consumatore, pur con la consapevolezza che con tale ulteriore passaggio non si è raggiunto ancora un punto d'arrivo certo ed esaustivo³, trattandosi di una materia, strettamente

² Ad opera dell'art. 5 comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27, che ha introdotto l'art. 37 *bis* cod. cons.

³ La proposta di direttiva 83/11/UE sui diritti dei consumatori originariamente prevedeva un intervento (Capo V) anche in tema di clausole abusive e di garanzia nella vendita di beni di consumo, ma il proposito di semplificazione e di risistemazione della relativa disciplina è stato poi abbandonato in sede di emanazione della direttiva stessa, riducendosi la modifica alle predette discipline nell'imposizione agli Stati membri di un semplice obbligo di comunicazione relativo all'adozione di misure di protezione più incisive relative all'estensione dell'abusività a clausole negoziate individualmente o all'adeguatezza del prezzo o della remunerazione ovvero relative alla predisposizione di liste di clausole contrattuali da considerarsi abusive (art. 32 direttiva 2011/83/UE che modifica la direttiva 93/13/CEE nei termini suddetti introducendo l'art. 8 *bis*). La direttiva

¹ Originariamente inserita nel codice civile, secondo la tecnica della novella, negli artt. 1469 *bis* – 1469 *sexies* c.c., in attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993, n. 93/13/CEE, è stata successivamente recepita nel codice del consumo, negli artt. 33-38, a seguito del riassetto normativo appartenente al progetto di semplificazione legislativa contenuto nell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229, recante "Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – legge di semplificazione 2012".



connessa al mercato e alla sua continua evoluzione, che, per sua natura, è destinata a mutare in ragione delle esigenze che affiorano di volta in volta nelle nuove modalità di contrattazione⁴.

Nel tentativo di stilare un primo bilancio, seppur approssimativo, non può farsi a meno di constatare che il riscontro applicativo della disciplina evidenzia una produzione giurisprudenziale minima che tradisce le aspettative, trovandoci indubbiamente dinanzi ad una profonda innovazione che ha aggiunto linfa vitale alla disciplina contrattuale domestica, rispettosa di una tradizione giuridica ispirata al principio di uguaglianza formale dei contraenti.

Ma se si vuole, la scarsa produzione giurisprudenziale è imputabile proprio al modello di garanzia adottato, che, come si avrà modo di specificare, solo in linea teorica è in grado di tutelare il consumatore, rivelandosi in pratica affidato a strumenti eccessivamente onerosi e, quindi, scarsamente praticati.

2. L'ambito di applicazione soggettivo degli artt. 33-38 del codice del consumo.

Accolta con grande entusiasmo - seppur non completamente esente da critiche soprattutto con riferimento alla terminologia⁵ e alla scelta della tecnica legislativa inizialmente adoperata dal legislatore nazionale - la normativa dettata a garanzia dell'equilibrio normativo nel contratto del consumatore è stata immediatamente oggetto di particolare interesse da parte della dottrina⁶, soprattutto in vista

83/11/UE, attuata con il decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21, ha completamente riformato gli artt. 45-67 del codice del consumo in tema di contratti a distanza e contratti fuori dei locali commerciali.

⁴ Cfr. anche L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole abusive*. Relazione svolta al VII Convegno Giuridico Forense, Roma, 16 marzo 2012, in www.consigliozionaleforense.it, che definisce il codice del consumo come un cantiere sempre aperto.

⁵ All'inizio destò scalpore l'aggettivo «abusive» riferito alle clausole che nel nostro linguaggio domestico sono sempre state vessatorie, tant'è che nella traduzione fu utilizzato il termine a noi più familiare, giustificando tale adattamento con la circostanza che l'espressione "abusive" non poteva trovare ingresso nel nostro ordinamento alieno a riconoscere una categoria generale dell'abuso del diritto. Cfr. nota 27.

⁶ Stante l'impossibilità di citazioni compiute in merito alla sconfinata letteratura sulle clausole abusive nei contratti del consumatore, ci si limita, in questa sede, a segnalare le opere di carattere generale. Con riferimento alla abrogata disciplina di cui agli artt. 1469 bis e ss. c.c., si rinvia a: A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 485; G. DE NOVA, *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole standard abusive*, in *Contratti*, 1993, 356; G. ALPA, *Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*, in *Contratti*, 1994, 115 ss.; V. BUONOCORE, *La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 sulle «clausole abusive nei*

contratti stipulati con i consumatori» e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria (leasing, factoring e credito al consumo), in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, I, 460; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 282; S. PATTI, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, in *Contratto e impresa*, 1995, 373; R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 536; L. PATRONI GRIFFI, *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori (direttiva 93/13 C.E.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 366; AA. VV., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. Barenghi, Napoli, 1996; V. CARBONE, *La tutela del consumatore: le clausole abusive*, in *Corr. giur.*, 1996; P. CHIRICO, *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Cesaro, Padova, 1996, 486 ss.; G. CIAN, *Il nuovo Capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 411 e 415 s.; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano 1996; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, 145 ss.; V. ROPPO, voce *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., VI, Roma, 1996; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 403 ss.; G. ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997; AA. VV., *Commentario al Capo XIV Bis del Codice Civile: Dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis - 1469-sexies)*, *Nuove leggi civili commentate*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Padova, 1999; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole abusive*, Napoli, 1999; AA. VV., *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, in *Commentario al codice civile fondato da P. Schlesinger e diretto da Busnelli*, Milano, 2003; BONFIGLIO, *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 896 ss.; L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004; AA. VV., *I contratti dei consumatori*, I, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, in *Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli*, Torino, 2005; A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, *ivi*, 404 ss.; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori, Gli artt. 1341, 1342 e 1370*, in *Trattato del contratto diretto da V. Roppo*, vol. IV, *Rimedi -1*, Milano, 2006, 485 ss.

Limitatamente ai commenti al codice del consumo: M. DONA, *Il codice del consumo. Regole e significati*, Torino, 2005; M. NUZZO, *Dei contratti del consumatore in generale*, Commento agli artt. 33-38, in *Codice del consumo*, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, 249 ss.; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, 128 ss.; E. DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 159 ss.; E. GRAZIOSO, *Dei contratti del consumatore in genere*, Commento agli artt. 33-36 e 38, in *Codice del consumo*, Commento al D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Milano, 2006, 358 ss.; E. M. TRIPODI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Commento agli artt. 33-38, in *Codice del consumo*, Commentario del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, a cura di E.M. Tripodi e C. Belli, Maggioli Editore, 2006, 199 ss.; G. SCIANCALEPORE, *Artt. 33-38*, in *Commentario al Codice del consumo* a cura di P. Stanzione-G. Sciancalepore, Ipsos, Milano, 2006; F. LUCCHESI - A. GORGONI - S. MEUCCI - G. PASSAGNOLI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Commento agli artt. 33-38, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007, 223 ss.; AA.VV., *I contratti del consumatore - Commentario al codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, a cura di Cesaro, Padova, 2007; A. BARENGHI, *Dei contratti del consumatore in generale*,





dell'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione.

Infatti, l'originario inserimento della normativa *de qua*, a chiusura delle disposizioni relative alla disciplina generale del contratto e prima di quelle destinate a regolare i singoli tipi contrattuali, indusse ad interpretazioni estensive o analogiche delle nuove norme⁷, con l'auspicio di poter ampliare la nozione di consumatore al punto da farvi rientrare non solo le ipotesi di acquisto di beni per uso promiscuo, ma anche altre posizioni di debolezza contrattuale non derivanti dall'agire per finalità di consumo⁸.

Il suggerimento è stato però disatteso dalle vicende successive. Il secco intervento della Corte costituzionale⁹, a soli tre anni dal varo della disciplina, ha stroncato ogni forma di dialogo, intendendo la nozione di consumatore nel rispetto di un'interpretazione letterale, insuscettibile di letture estensive e quindi escludente non solo le persone giuridiche, ma anche i piccoli imprenditori e i professionisti intellettuali. Atteggiamento questo che è

stato in un certo senso confermato dall'emanazione del codice del consumo che, in quanto corpo normativo autonomo, rivendica tuttora il suo carattere di specialità cui è sottesa una autonoma *ratio* che permea l'intera disciplina. L'autonomia della disciplina consumeristica e il suo limitato raggio di azione sono stati ulteriormente confermati dalla successiva precisazione legislativa dei tipi di attività (imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale) esclusi dallo scopo di consumo¹⁰.

Quindi, chiarendo che il consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta, il legislatore recide ogni possibile legame tra atto e professione esercitata, concentrandosi esclusivamente su di un'attività destinata al soddisfacimento di esigenze personali.

Su questo aspetto, le pronunce della giurisprudenza di legittimità, seppur numericamente scarse, si sono rivelate in ogni caso sufficienti per esprimere un orientamento restrittivo sulla nozione di consumatore, che, conformemente al dato normativo, è il risultato di un'interpretazione letterale e sistematica delle norme consumeristiche.

Viene, dunque, chiarito che il professionista è tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che utilizza il contratto nell'ambito della sua attività imprenditoriale o professionale. In particolare, perché ricorra la figura del professionista non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che venga posto in essere anche per uno scopo ad essa connesso¹¹.

Sicché, la qualifica di consumatore spetta solo alle persone fisiche e la stessa persona fisica che svolga attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice consumatore soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana, estranee all'esercizio della sua attività¹².

L'interpretazione della Corte consente anche di individuare il tipo di debolezza che si vuole rimuovere con la disciplina specifica e che è di stampo economico-contrattuale, e non soltanto di tipo informativo. La normativa sulle clausole abusive non è tesa in via esclusiva a colmare un eventuale deficit

Commento agli artt. 33-38, in *Codice del consumo* a cura di V. Cuffaro, II edizione, Milano, 2008, 155.

Da ultimo: V. ROPPO, *Il contratto nel duemila*, 2 edizione, Milano, 2005; F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contratto e impresa*, 2006, 673 ss.; A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008; S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 4, 345 ss.; M. MANTOVANI, *Le «nullità di protezione» nella tassonomia dei rimedi*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, 1619 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011; F. DELLA NEGRA, *Il "fairness test" nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, in *Contratti*, 2013, 11, 1063 ss.; A. MUSIO, *Il giudizio di abusività tra buona fede e ragionevolezza*, in www.comparazioneDirittoCivile.it, 2013; V. PANDOLFINI, *Contratto on line e clausole vessatorie: quale firma (elettronica)?*, in *Contratti*, 2013, 1, 45 ss.; A. QUERCI, *Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie*, in *Contratto e impresa*, 2013, 2, 446 ss.; F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2014, 8-9, 741 ss.; L. VALLE, *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in *Contratto e impresa Europa*, 2014, 105 ss.

⁷ Tra gli altri in dottrina: L. GATT, *Art. 1469-bis, comma 2, Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in *Commentario al Capo XIV-bis del Codice Civile: Dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, cit., 130 ss. spec. 157; E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori*, I, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, cit., 5 ss.; F. ASTONE, *op. ult. cit.*, 194 ss.

⁸ Ci si riferisce ai professionisti intellettuali, agli artigiani, agli imprenditori agricoli, agli enti senza scopo di lucro.

⁹ Corte Cost., 30 giugno 1999, n. 282, in *Giur. cost.*, 1999, 2296; *Foro it.*, 1999, I, 3118.

¹⁰ Specificazione ad opera dell'art. 3 d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221.

¹¹ Cfr. Cass. sez. III, 15 maggio 2013, n. 11773, in *Mass. Giust. civ.*, 2013. Conforme Cass., sez. VI, 23 settembre 2013, n. 21763, in *Mass. Giust. civ.*, 2013.

¹² Da ultimo Cass. 24 gennaio 2014, n. 1464, in *Dir. e giust.*, 2014, 27. Conformi: Cass., sez. VI, 23 settembre 2013, n. 21763, cit.; Cass. 14 luglio 2011, n. 15531, in *Giust. civ.*, 2011, 12, I, 2816; Cass. 29 novembre 2011, 25212, in *Guida al diritto*, 2012, 9, 52.

informativo gravante sul consumatore, ma è diretta a proteggere il contraente che, in considerazione dell'operazione economica, dello scopo e del ruolo assunto sul mercato, è privo del potere economico e giuridico per contrarre con la controparte su di un piano di parità.

Ciò che si vuole rimuovere è la posizione di disuguaglianza¹³ del consumatore rispetto al contraente economicamente più forte. Infatti, se anche il professionista che agisce per scopi personali può essere considerato consumatore, è evidente che non viene in rilievo alcun difetto di informazione, potendo magari egli essere addirittura più edotto ed esperto della controparte, proprio perché soggetto che normalmente opera nel settore economico, ma non può utilizzare le sue conoscenze e abilità tecniche e giuridiche in quella contrattazione, in quanto deve sottostare ad un regolamento da altri predisposto¹⁴.

¹³ Cfr. sul punto anche Corte di giustizia UE, sez. I, 14 marzo 2013, C-415/11, in *Contratti*, 2013, 11, 1059 ss., la quale ribadisce che l'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE, è norma destinata a ristabilire l'equilibrio reale di diritti e obblighi contrattuali, al fine di garantire l'uguaglianza sostanziale dei contraenti. Da ultimo Corte giustizia UE 30 aprile 2014, C-26/13, in *Dir. e giust.*, 2014, 5, che evidenzia la condizione di inferiorità del consumatore, consistente nell'impossibilità di incidere, in sede di trattativa, sul contenuto delle condizioni generali, cui può semplicemente aderire.

¹⁴ La preferenza per siffatto criterio definitorio, nell'ottica della creazione del mercato interno, tende a garantire un contratto rilassato a chi con quell'atto non partecipa al processo produttivo o distributivo, perché si limita ad un utilizzo del bene o del servizio per esigenze private. La debolezza del consumatore è di ordine economico e giuridico e deriva dalla impossibilità di incidere sul contenuto del contratto già confezionato e di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Ne discende che il consumatore va tutelato in quanto impossibilitato ad espletare tutti i poteri connessi alla sua autonomia contrattuale, previsti dall'art. 1322 c.c., in ordine alla definizione del regolamento contrattuale.

Che tale soluzione appaia scontata anche nel diritto internazionale privato lo conferma F. RAGNO, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo dei contratti con i consumatori*, in *Obbligazioni e contratti*, n. 1, 2010, 45 ss., ove riferimenti.

Diversamente dal senso del testo si veda E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori*, I, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, cit., 5 ss. spec. 24, il quale precisa che le esigenze di tutela del consumatore risiedono nella rimozione delle asimmetrie informative. F. LUCCHESI, *Art. 33, comma 1*, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, cit., 233, distingue tra la debolezza economica della piccola impresa - che si evince dall'art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 192, relativa alla disciplina della subfornitura nelle attività produttive - e la debolezza istituzionale del consumatore.

A dire il vero, l'informazione non elimina l'impotenza negoziale, intesa quale limitazione della libertà di concorrere alla determinazione del regolamento contrattuale, e ciò è confermato dal tipo di tutela sostanziale contenuto nella disciplina delle clausole abusive, potendo diversamente rimanere ancorati al requisito formale della semplice sottoscrizione, destinata a richiamare l'attenzione dell'aderente su tutte le condizioni della

3. Il complesso sistema di rimedi in caso di utilizzo di clausole abusive.

Riepilogando schematicamente la struttura della tutela, com'è noto, la repressione delle clausole abusive avviene attraverso: la indicazione di un criterio per la valutazione della vessatorietà delle clausole non contemplate nel successivo elenco (art. 33, comma 1 e 34, commi 1 e 2); la presunzione relativa di vessatorietà di ben 20 clausole (art. 33, comma 2), superabile nei casi espressamente indicati dai commi 3 e 4 dell'art. 34; la presunzione assoluta di vessatorietà dell'art. 36, comma 2; la trasparenza delle clausole contrattuali (art. 35); la nullità di protezione delle clausole di fatto vessatorie, a prescindere dalla specifica sottoscrizione (art. 36, commi 1 e 3); la tutela collettiva attraverso l'inibitoria della clausola (art. 37); la tutela amministrativa di cui all'art. 37 bis, oltre la possibilità di esperire l'azione collettiva risarcitoria ex art. 140 bis codice del consumo.

Da questa articolazione discende l'essenza della normativa in esame che, diversamente rispetto a quanto previsto dalla disciplina generale del contratto, consente di intervenire a più livelli, tanto *ex ante*, quanto *ex post*, offrendo così una forma di tutela realizzabile attraverso un triplo binario:

- (i) quello individuale, che conduce alla declaratoria della nullità della clausola vessatoria, sia in caso di contratto standard che in caso di contratto negoziato¹⁵;

pattuizione, senza però consentire di incidere minimamente sul contenuto del contratto.

Laddove il legislatore ha voluto rimuovere le asimmetrie informative ha espressamente previsto degli obblighi di informazione necessari per erudire il consumatore. La disciplina sulle clausole vessatorie, invece, ha proprio la funzione di tutelare colui che non può incidere sul contenuto della negoziazione per potere economico e giuridico inferiore. D'altra parte, la disciplina non si articola attraverso la previsione di obblighi informativi diretta a rimuovere le asimmetrie, ma attraverso un sindacato di merito sulla proporzione delle posizioni giuridiche contrattuali, volta a eliminare gli effetti negativi delle *asimmetrie di potere contrattuale*.

¹⁵ L'ambito di applicazione oggettivo delle disposizioni degli artt. 33-38 codice del consumo è esteso ad ogni rapporto contrattuale di consumo, a prescindere dallo schema negoziale tipico o atipico (vendita, appalto, permuta, ecc.) con cui detto rapporto si realizza e tanto se esso sia riconducibile al meccanismo della contrattazione di massa, quanto se si formi con procedimenti alternativi al contratto standard, purché ricorra il requisito della predisposizione unilaterale del contratto da parte del professionista contraente forte. Che la tutela consumeristica delle clausole vessatorie operi anche in caso di singola negoziazione, lo si deduce dall'art. 34, comma 5 che fa riferimento alla contrattazione di massa come ad un possibile modo di essere della contrattazione.



- (ii) quello collettivo, consistente nell'esperienza dell'azione inibitoria ex art. 37 codice del consumo, ovvero nell'azione collettiva risarcitoria di cui all'art. 140 *bis*¹⁶;
- (iii) quello amministrativo espressamente previsto dall'art. 37 *bis* codice del consumo, nonché quello amministrativo mutuabile dall'art. 27 cod. cons., qualora si voglia intendere l'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta¹⁷.

In astratto, siffatta struttura sembra offrire effettivi strumenti di tutela al contraente debole consu-

È pacifica la operatività della disciplina sia nella contrattazione standard sia nel contratto singolo, che si conclude secondo altre modalità. Per tutte: Cass. 20 marzo 2010, n. 6802, in *Foro it.*, 2010, 9, I, 2442; Cass. 20 agosto 2010, n. 18785, in *Il civilista*, 2010, 10, 15, e indirettamente Cass. 26 settembre 2008, n. 24262, in *Giust. civ.*, 2009, 4/5, 981, che ha esteso il principio generale in tema di onere della prova sulla trattativa individuale anche al contratto concluso in maniera diversa dallo schema del modulo o formulario. In dottrina, tra gli altri, v.: G. LENER, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori*, I, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, cit., 256 e A. BARENGHI, *Dei contratti del consumatore in generale*, art. 33, in *Codice del consumo* a cura di V. Cuffaro, cit., 216, il quale chiarisce che per contratto deve intendersi ogni operazione economica e, quindi, anche i negozi unilaterali purché predisposti dal professionista. Cfr. anche Cass. 30 aprile 2012, n. 6639, in adesione a tale orientamento, secondo cui la disciplina sulle clausole vessatorie è applicabile anche in presenza di un negozio preparatorio e vincolante, quale può essere una proposta irrevocabile, tutte le volte che il consumatore abbia aderito ad un testo predisposto o utilizzato dal professionista che contenga la clausola vessatoria.

La predisposizione può avvenire non soltanto da parte del professionista che utilizza la clausola, ma anche ad opera di un terzo, quale può essere un notaio, un avvocato, un rappresentante dell'associazione dei professionisti. Cfr. Trib. Venezia 17 maggio 2000, in *Gius* 2001, 2541 in cui è ravvisabile una conferma che la stipulazione per atto pubblico non esclude la predisposizione unilaterale.

¹⁶ A. QUERCI, *Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie*, in *Contratto e impresa*, 2013, 2, 452, sottolinea che l'azione risulta allo stato potenziata dalla recente modifica legislativa (dell'art. 6, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modifiche nella l. 24 marzo 2012, n. 27) del presupposto di esperibilità dell'azione che non consiste più nella sussistenza di "diritti identici", che ha decretato il fallimento dell'azione collettiva risarcitoria, bensì nell'accertamento di "diritti omogenei".

¹⁷ In senso favorevole a tale ultima soluzione si vedano: L. ROSSI CARLEO, *Il comportamento ostativo del professionista tra "ostacoli non contrattuali" e ostacoli contrattuali*, in AA.VV., *Studi celebrativi del ventennale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di Barrucci e Rabitti Bedogni, Milano, 2010, 1216 ss.; M. MELI, *Trasparenza e vessatorietà delle clausole nel contratto per adesione*, in AA.VV., *I "principi" del diritto comunitario del contratto. Acquis comunitario e diritto privato europeo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, 482 ss.; S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, cit., 345 ss.

matore. Ma, a ben vedere, risulterà agevole osservare che in concreto non è idonea a raggiungere risultati soddisfacenti, considerata la sua scarsa attuazione pratica.

4. L'irrelevanza della buona fede nel giudizio di vessatorietà e il significativo squilibrio quale unico criterio di riferimento.

Prima di procedere alla verifica della praticabilità dei rimedi concessi al consumatore, qualche precisazione è d'obbligo a proposito dell'individuazione del criterio per la valutazione della vessatorietà della clausola, al fine di un inquadramento sistematico dell'intera disciplina.

L'inciso "malgrado la buona fede", contenuto nell'art. 33, comma 1, cod. cons., ha fatto a lungo discutere la dottrina circa il significato da assegnare ad una simile locuzione¹⁸.

¹⁸ Il confronto con le altre versioni linguistiche della direttiva - si è fatto riferimento alle versioni inglese (*contrary to the requirement of good faith*) e tedesca (*entgegen dem Gebot von Treu und Glauben*) ove è chiaro il riferimento alla contrarietà alla buona fede oggettiva - nel procedimento ermeneutico della direttiva prima e della legge di attuazione poi, hanno indotto la dottrina prevalente ad una interpretazione correttiva dell'avverbio *malgrado* con l'espressione «in contrasto». Tra gli altri: A. ORESTANO, *op. cit.*, 485; R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie*, cit., 528; S. PATTI, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive*, cit., 373; G. CIAN, *op. cit.*, 411 e 415 s.; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, cit., 1996, 16; L. BIGLIAZZI GERI, *Art. 1469-bis, comma 1, in Commentario al Capo XIV bis del codice civile: Dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, cit., 91; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in Trattato dei contratti diretto da Roppo, cit., 549 ss.

Ma, pur intesa nella sua accezione oggettiva di regola di comportamento, la buona fede viene inserita nel giudizio di vessatorietà ora come criterio concorrente con il significativo squilibrio, ora come criterio coincidente con lo stesso. Con le diverse conseguenze nel primo caso di poter riconoscere che la vessatorietà è esclusa se la clausola è conforme a correttezza e nel secondo di concepire lo squilibrio come concretizzazione della buona fede.

Sul versante opposto si collocano coloro che - pur nel rispetto del dato letterale della norma che impone di escludere dal giudizio di vessatorietà la buona fede soggettiva per non gravare il consumatore dell'ulteriore onere di dimostrare la mala fede del professionista - recuperano la buona fede oggettiva attraverso l'applicazione ai contratti del consumatore dei principi generali in materia contrattuale. Cfr. tra gli altri: A. BARENGHI, *Sub art. 1469-bis*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di Barengi, cit., 42; RIZZO, *Sub art. 1469 bis, 1° comma*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore* a cura di E. Cesaro, I, Padova, 1996, 30; F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina della clausole abusive*, in *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: Dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, cit., 25 ss.; A. MUSIO, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001.

Per F.D. BUSNELLI, *op. ult. cit.*, la buona fede oggettiva è criterio di identificazione delle clausole abusive in quanto principio



Le varie soluzioni proposte, seppur nella loro diversità, sono state sostanzialmente mosse dall'esigenza di assegnare alla correttezza un ruolo nel giudizio di vessatorietà¹⁹.

È impossibile sottacere che nella direttiva comunitaria la buona fede sia intesa in senso oggettivo²⁰.

Tale intendimento va ad esprimere un ulteriore criterio da utilizzare nel giudizio di vessatorietà, affiancato al significativo squilibrio, che comporta, però, un aggravamento della posizione del consumatore, tenuto a dimostrare il comportamento del professionista contrario a buona fede.

Nella direttiva, dunque, l'accertamento della vessatorietà è agganciato alla valutazione del com-

cardine della contrattazione applicabile anche ai contratti del consumatore. La correttezza dell'operazione economica sottesa al contratto è l'obiettivo della disciplina sulle clausole abusive e rappresenta un limite all'autonomia del contraente forte, un limite cioè all'abuso del potere economico del predisponente.

Anche per A. BARENGHI, *op. ult. cit.*, 42, la buona fede è criterio per valutare il significativo squilibrio. Cfr. inoltre M. NUZZO, *Art. 1469-ter, comma 1° e 2°. Accertamento della vessatorietà delle clausole*, in *Commentario al Capo XIV Bis del Codice civile: Dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, cit., 724, secondo cui nel giudizio di vessatorietà bisogna verificare se, in considerazione della natura del contratto o delle circostanze, il professionista ha trattato in modo leale il consumatore.

In giurisprudenza si registrano posizioni discordanti. Condivisibile è la decisione di App. Roma 24 settembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 904, che si è mostrata in favore dell'interpretazione letterale della espressione *malgrado*. I giudici precisano che: *nei contratti tra consumatore e professionista, ai fini dell'accertamento della abusività di una clausola, l'espressione "malgrado buona fede" impiegata dal legislatore significa che la buona fede soggettiva accertata in capo al professionista non elimina il carattere abusivo di una clausola di cui venga accertato l'elemento oggettivo del significativo squilibrio contrattuale. (Nella specie, il Giudice ha precisato che, nel contesto dell'art. 1469 bis c.c., la locuzione "malgrado buona fede" sta a significare che la declaratoria di abusività può essere effettuata anche in presenza di buona fede e che questa, quindi, non è neppure un criterio per l'accertamento del significativo squilibrio).*

Fa, invece, un mero riferimento alla buona fede oggettiva, senza però chiarirne la funzione nel giudizio di vessatorietà, Trib. Torino 22 settembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 981. Viene affermato che in caso di inibitoria collettiva, trattandosi di azione generale e preventiva, il giudice non può tener conto degli elementi concreti della trattativa e della buona fede oggettiva, dovendosi procedere al confronto della clausola incriminata con l'elenco normativo.

¹⁹ Si rinvia, per una disamina delle varie posizioni, a S. TROIANO, *Art. 1469-bis, comma 1. Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, cit., 38 ss., e a E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole abusive*, cit., 104 ss.

²⁰ Basta leggere le altre versioni linguistiche "*contrary to the requirement of good faith*" e "*en dépit de l'exigence de bonne foi*", e il 16° considerando della direttiva stessa il quale precisa che il professionista può soddisfare il requisito della buona fede trattando in modo leale ed equo con la controparte di cui deve tenere presente i legittimi interessi.

portamento del professionista, *ergo* la buona fede oggettiva diviene criterio per la vessatorietà della clausola. Questa, in parte, l'applicazione fatta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea²¹, la quale individua due criteri su cui fondare il giudizio di vessatorietà nel momento in cui afferma che per accertare se lo squilibrio sia creato "*malgrado il requisito della buona fede*", occorre verificare se il professionista, *qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse alla clausola in oggetto in seguito a negoziato individuale*.

Nell'ottica della Corte, la valutazione della vessatorietà è legata, dunque, non solo ad una regola di condotta, ma addirittura alla ragionevolezza del professionista²². Ne risulta che lo squilibrio sussiste se il professionista non si è comportato in modo corretto ed ha utilizzato una clausola sapendo che, se avesse contrattato individualmente con il consumatore, questi non avrebbe di certo accettato la clausola.

A ben vedere tale interpretazione, seppur aderente al testo della direttiva, indebolisce le garanzie del consumatore e contrasta con il nostro dato positivo al quale l'interprete nazionale deve attenersi in via principale, soprattutto perché maggiormente garantista per il consumatore, con ciò ammettendosi una forma di tutela più ampia rispetto al contenuto minimo sancito dal legislatore comunitario.

Non sembra, infatti, possibile prescindere da una valutazione in termini soggettivi della buona fede richiamata dall'art. 33, comma 1, cod. cons., la quale, essendo del tutto irrilevante nel giudizio di vessatorietà, tende solo ad alleggerire il consumatore dall'ulteriore onere di dimostrare la mala fede del professionista.

Che nel nostro ordinamento la buona fede sia espressa in senso soggettivo lo si deve dedurre dal tenore letterale, volutamente confermato dal legislatore delegato. Infatti, in sede di redazione del Codice del consumo, sebbene si sia tenuto conto di altri suggerimenti²³ provenienti dal Consiglio di Stato ed espressi nel suo parere del 20 dicembre 2004, non si è accolto quello relativo alla sostituzione dell'avverbio «malgrado» o alla eliminazione dell'intero inciso, probabilmente perché già insito nel significativo squilibrio il concetto di scorrettezza.

²¹ Corte Giustizia UE, sez. I, 14 marzo, 2013, C-415/11, cit. con commento di F. DELLA NEGRA, *Il "fairness test" nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, cit., 1063 ss.

²² Cfr. al riguardo A. MUSIO, *Il giudizio di abusività tra buona fede e ragionevolezza*, cit.

²³ Tra cui quello di inserire la disciplina sulle clausole abusive e sulla garanzia nella vendita di beni di consumo – originariamente collocate nel codice civile - nel codice del consumo.





za e ciò perché, come si legge nella relazione governativa di accompagnamento al codice del consumo, l'attuale formulazione, escludendo la buona fede soggettiva, è maggiormente garantista²⁴.

Appare evidente che ogni richiamo, nell'art. 33, comma 1, alla buona fede oggettiva, quale regola di condotta da imporre al professionista anche nell'ambito delle clausole vessatorie, al legislatore è sembrato superfluo in considerazione del diritto del consumatore alla correttezza già enunciato dall'art. 2, comma 2, lett. e.

Quindi, il consumatore che intenda far dichiarare la nullità di una clausola ritenuta vessatoria dovrà dimostrare il significativo squilibrio contrattuale, ossia che, alla luce dei diritti ed obblighi reciproci, quella clausola è per lui svantaggiosa, perché aggrava la sua posizione. Lo squilibrio altro non è se non conseguenza di un comportamento contrario a buona fede che, in quanto principio generale in materia contrattuale, è operativo anche nell'ambito della disciplina consumeristica in virtù del rinvio di cui all'art. 1469 *bis* c.c.

Ma è anche un principio speciale e specifico garantito dall'art. 2 del codice del consumo che tra i diritti fondamentali del consumatore riconosce il diritto alla correttezza nei rapporti contrattuali, che impone al professionista, in suo ossequio, un comportamento leale, onesto finalizzato alla salvaguardia dell'altrui interesse, nei limiti di un apprezzabile sacrificio.

Se lo scopo delle condizioni generali di contratto è quello di garantire al predisponente uniformità della contrattazione di massa, capace di ridurre tempi e costi della negoziazione sì da favorire un incremento del volume degli affari, e dall'altro canto, di garantire all'aderente il medesimo trattamento contrattuale offerto a tutti gli altri destinatari di quell'operazione economica, è evidente che qualora le clausole vessatorie vengano utilizzate esclusivamente per conseguire un ingiustificato vantaggio da parte del professionista, ossia semplicemente per agevolare la sua posizione contrattuale, vi sarà violazione del comportamento imposto dalla correttezza e lesione del diritto del consumatore realizzato attraverso l'abuso del potere contrattuale di predisposizione unilaterale del regolamento negoziale. Intanto il potere di predisposizione unilaterale in sacrificio dell'autonomia contrattuale dell'aderente viene concesso al professionista, in quanto sotteso ad esigenze di impresa e di mercato favorevoli per entrambi i contraenti.

Ogniqualevolta il potere di predisposizione unilaterale riconosciuto dall'art. 1341 c.c. non sia manifestazione della libertà di iniziativa economica, e quindi non sia utilizzato nel rispetto dell'esercizio della autonomia contrattuale, bensì alteri la funzione obiettiva della contrattazione standard, si avrà una condotta scorretta che, traducendosi nell'abuso²⁵ del potere di predisposizione unilaterale²⁶, determinerà uno squilibrio contrattuale in danno del consumatore.

La valutazione del contegno del professionista renderà significativa la sproporzione contrattuale in danno dell'aderente, realizzata mediante il superamento delle esigenze di economia imprenditoriale. Il fatto di utilizzare indistintamente ora il termine *vessatorie*, ora il termine *abusive* (artt. 36, comma 4 e 37, comma 1), più che una distrazione legislativa²⁷, vuole evidenziare la natura illecita di quelle clausole che hanno la mera funzione di pregiudicare

²⁵ In favore della buona fede nell'esercizio del diritto come limite all'abuso del diritto: G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 348; e A. MUSIO, *La buona fede*, cit., 211 e s., secondo cui bisogna verificare, in base ad una valutazione di buona fede, se lo squilibrio è giustificato o meno da un interesse del predisponente meritevole di tutela. La buona fede consente di verificare se l'esercizio del diritto di utilizzare condizioni generali di contratto è esercitato per raggiungere risultati ritenuti meritevoli dall'ordinamento.

Si riferisce all'abuso del potere economico del predisponente e chiarisce che se la correttezza dell'art. 1366 c.c. è regola generale nella valutazione del significato negoziale, allora essa nei contratti di massa rappresenta un limite al potere di una parte di determinare il regolamento contrattuale F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, 27.

Evoca, a nostro avviso, il concetto di abuso del diritto, pur senza esprimersi in termini palesi, il pensiero di G. M. UDA, *La buona fede nelle clausole abusive*, Art. 1469-bis 1° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, cit., 131 s. Partendo dall'errore di traduzione ed intendendo per ciò la buona fede oggettiva, essa viene fatta rientrare nella seconda fase del processo logico del giudizio di vessatorietà. Dapprima si valuta la significatività dello squilibrio sotto il profilo economico e, ove essa risulti, si procede con la verifica dell'incidenza che lo squilibrio ha sulla dinamica contrattuale, al punto da vanificare l'interesse economico-contrattuale del consumatore. La buona fede consentirà di verificare se lo squilibrio è strumento di salvaguardia della capacità produttiva dell'impresa o mero mezzo per vanificare il risultato economico che il consumatore deve conseguire con l'operazione economica, per consentire al professionista di conseguire vantaggi estranei alla logica economica del contratto.

²⁶ Quale risulta dagli artt. 1341 e 1322 c.c. Questo riconoscimento trova il suo limite nello stesso art. 1322 c.c. (che assegna, non ad una ma, ad entrambe le parti la libertà di determinare il contenuto del contratto) e nel principio generale di buona fede. Il diritto di regolare i propri interessi patrimoniali è pacificamente ricondotto agli artt. 41 e 42 Cost. (si veda per tutte Corte Cost. 21 marzo 1969, in *Foro it.*, 1969, I, 781) e trova il suo limite nell'art. 2 Cost. che è il fondamento costituzionale della correttezza.

²⁷ In senso contrario G. CIAN, *op. cit.*, 412 che accusa il legislatore di «sciatteria redazionale».

²⁴ Anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella sua segnalazione del 10 maggio 2005 ha espresso preferenza per l'attuale formula legislativa maggiormente garantista per il consumatore.

la posizione contrattuale dell'aderente, senza che a ciò corrisponda un reale, effettivo, concreto interesse del professionista, in grado di giustificare il sacrificio imposto al contraente debole. Il complesso sistema di strumenti garantisti pensati dal legislatore sottolinea appunto la gravità del comportamento abusivo del professionista che, in quanto tale, andrà represso e non giustificato²⁸.

Il criterio per la valutazione della vessatorietà della clausola è dunque il significativo squilibrio, conseguenza del comportamento scorretto del professionista²⁹.

Dall'applicazione giurisprudenziale del criterio del significativo squilibrio - pur se manca una chiara affermazione dei suoi elementi caratterizzanti, essendosi di volta in volta preferito valutare la vessatorietà di una singola clausola - possono desumersi delle indicazioni di carattere generale. Ne consegue che il riconoscimento di un diritto inutile³⁰, il

²⁸ A proposito dell'abuso del diritto in ambito contrattuale, non può trascurarsi la ricostruzione di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ.*, 2009, 12, I, 2671; *Rass. dir. civ.*, 2010, 2, 577; *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2, 345; *Foro it.*, 2010, 1, I, 85; *Vita not.*, 2010, 1, I, 229; *Giur. comm.*, 2010, 5, II, 828, che si è trovata a vagliare la legittimità dell'esercizio del recesso *ad nutum* nell'ambito di un contratto di concessione di vendita. La decisione non riscuote larghi consensi in dottrina per la pretesa ricostruttiva di un'autonoma categoria dell'abuso del diritto. Si vedano, tra gli altri: G. VETTORI, *L'abuso del diritto*, Distingue frequenter, in *Obbligazioni e contratti*, n. 3, 2010, 166 ss, spec. 171; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, *ivi*, 176 ss.; A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010. Più in generale sul tema si rinvia a S. ROMANO, voce *Abuso del diritto (cd diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 166 ss.

²⁹ L'affermazione è per certi aspetti confermata anche da Cass. 17 marzo 2010, n. 6481, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 3, 385.

Lo squilibrio da tener presente ai fini del giudizio dei vessatorietà è prevalentemente quello normativo, come si evince dall'art. 33, comma 1, anche se quello economico non è del tutto escluso, venendo in rilievo ogniqualvolta l'oggetto e l'adeguatezza del corrispettivo non siano stati determinati in maniera chiara e comprensibile.

E, nella valutazione della sproporzione contrattuale, si deve tener conto: della natura del bene o del servizio, delle circostanze esistenti al momento della sua conclusione, delle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato da cui dipende (art. 34, comma 1), con quest'ultima precisazione estendendo la valutazione all'intero contenuto contrattuale. E benché elencata per ultima, questa è la principale indicazione per l'interprete, il quale nell'esame della clausola dovrà considerare l'intera posizione contrattuale al fine di verificare se, in considerazione della natura dell'affare e delle circostanze obiettive, vi sia squilibrio contrattuale.

In caso di contratto tipico sarà più agevole la valutazione del comportamento corretto del professionista che risulterà dal confronto del contratto utilizzato nel caso specifico con lo schema legale, inteso come il paradigma dell'uguaglianza contrattuale.

³⁰ Lo si argomenta dall'interpretazione giurisprudenziale della clausola bilaterale di recesso dal contratto di assicurazione. Nel caso di specie si è ritenuto che la facoltà, concessa ad entrambe le parti, di recedere dopo il sinistro, fosse volta a favorire palesemente il solo interesse del professionista. Tra le altre: Trib.

riconoscimento di un diritto a condizioni diverse³¹ (interpretando estensivamente l'art. 33, comma 2, lett. g), la privazioni di diritti spettanti al consumatore³² (interpretando estensivamente l'art. 33, comma 2, lett. b), la previsione di un diritto a solo vantaggio del predisponente³³ sono indici rivelatori di un significativo squilibrio contrario a correttezza, perché non giustificati dalla natura dell'affare o da esigenze concrete del professionista e, quindi, non ascrivibili al corretto esercizio dell'autonomia contrattuale³⁴.

Napoli, 14 giugno 2003, in *Giur. Napoletana*, 2004, 49; App. Roma 7 maggio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2823; Trib. Roma 5 gennaio 2000, in *Resp. Civ. e prev.*, 2001, 423; Trib. Roma 21 gennaio 2000, in *Banca e Borsa*, 2000, II, 207. Anche per E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, cit., 556, va valutato uno squilibrio sostanziale per cui si deve considerare l'assenza di ogni apprezzabile interesse del consumatore di avvalersi del diritto attribuitogli.

La bilateralità del diritto non è di per sé idonea ad escludere la vessatorietà della clausola se risulta comunque un vantaggio esclusivo per il professionista. Infatti, per Trib. Ivrea 11 luglio 2005, in *Giur. merito*, 2005, 11, 2345, non è vessatoria la clausola bilaterale alle stesse condizioni che non avvantaggia nessuno.

³¹ I giudici si sono trovati di fronte all'ipotesi di diritto di recesso riconosciuto a condizioni differenti, più vantaggiose per il professionista. Tra gli altri cfr. Trib. Como 24 maggio 2004 e App. Milano 19 ottobre 2006, n. 2566, in *Giur. it.*, 2007, 1408.

³² Il Trib. Milano 31 gennaio 2003, in *Giur. Merito*, 2003, 6, ha ricondotto all'art. 33, comma 2, lett. b), dichiarandola vessatoria, la clausola con cui il professionista ha privato il consumatore della risoluzione, che rappresenta una garanzia principe della disciplina legale della compravendita.

Più genericamente, sulla privazione del diritto di avvalersi della decadenza si veda Trib. Foggia 18 ottobre 2001, in *Foro it.*, 2002, I, 614.

A queste ipotesi, per effetto di un'interpretazione estensiva delle clausole in elenco, potrebbero aggiungersi ad esempio la privazione del potere di revocare la proposta, di cedere il contratto (riconducibili la prima alla lett. d, la seconda alla lett. t) o di farsi sostituire nell'adempimento (riconducibile alla lett. s).

³³ Nel caso di specie Trib. Genova 27 aprile 2004, in *Foro padano*, 2005, 1, 225 e Trib. Verona 12 febbraio 2004, in *Giur. merito*, 2004, 1389 hanno ricondotto all'art. 33, comma 2, lett. f, e quindi ne hanno dichiarato la vessatorietà, una clausola che disponeva una penale di importo superiore alla provvigione solo a carico del consumatore.

³⁴ Anche la mancanza di trasparenza della clausola sul prezzo o sull'oggetto del contratto consentirà di valutare se il difetto di chiarezza e comprensibilità sia strumentale ad uno squilibrio pregiudizievole. Tra gli altri cfr. M. NUZZO, *Art. 1469-ter, comma 1° e 2°. Accertamento della vessatorietà delle clausole*, cit., 731, E. MINERVINI, *I contratti del consumatore*, in Trattato del contratto diretto da Roppo, cit., 566. Diversamente altri sostengono che la clausola sia comunque nulla: cfr. G. CIAN, *op. cit.*, 419.

Il difetto di trasparenza, in violazione dell'art. 35, comma 1 (nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere redatte in modo chiaro e comprensibile) e dell'art. 34, comma 2, può assumere valore sintomatico circa la contrarietà a buona fede dello squilibrio con la conseguenza che, ove sia accertato che questo difetto crea squilibrio, la clausola può essere considerata vessatoria e, quindi, nulla. Anche le clausole oscure pos-





Coerente con la concezione soggettiva della buona fede di cui all'art. 33, comma 1, è la successiva disciplina dettata dall'art. 34 che, ai commi 3 e 4, prevede ipotesi ben precise in cui è possibile derogare alla presunzione relativa di vessatorietà delle clausole contenute nell'elenco di cui al comma 2 dell'art. 33.

La presunzione è finalizzata a stabilire *ex ante* la vessatorietà delle clausole elencate³⁵ per sottolineare quelle pratiche sintomatiche della contrarietà a buona fede idonea a produrre squilibrio. Essa può essere superata dalla prova contraria, posta a carico del professionista, della trattativa individuale (di cui all'art. 34, commi 4 e 5) o del fatto che le clausole siano riprodotte di disposizioni di legge³⁶, ovvero che siano riprodotte di disposizioni attuative di principi contenuti in Convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea (art. 34, comma 3). Proprio perché esemplificativa di comportamenti in cui è implicita la scorrettezza, la presunzione di vessatorietà, posta a vantaggio del consumatore, lo agevola dal punto di vista probatorio³⁷, onerandolo soltanto di dimostrare che la clausola incriminata corrisponde ad una dell'elenco dell'art. 33, comma 2³⁸.

sono concorrere nel giudizio di vessatorietà e se la trasparenza è uno strumento per garantire l'equilibrio contrattuale, allora la sua violazione configurerà un comportamento contrario alla buona fede. Più agevole sarà la conseguenza in caso, ad esempio, di clausola relativa ai diritti del consumatore non formulata in modo chiaro e comprensibile: la non comprensibilità della clausola rende difficile, se non impossibile l'esercizio dei diritti del consumatore ed è come se lo privasse indirettamente di essi. Evidente è in tale ipotesi la scorrettezza della tecnica utilizzata. Sul punto cfr. anche F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza*, in *I contratti dei consumatori*, I, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, cit., 332 e App. Roma 24 settembre 2002, cit., la quale precisa che ai fini dell'accertamento dell'abusività di una clausola deve essere preso in considerazione anche il difetto di chiarezza che può portare all'inibitoria di clausole oscure o ambigue.

³⁵ A. BARENGHI, *op. ult. loc. cit.*

³⁶ L'espressione «legge» va riferita al diritto oggettivo e non anche alla legge in senso formale, per cui sono vessatorie le clausole riprodotte di regolamenti. Cfr. al riguardo A. BARENGHI, *op. ult. cit.*, 218; M. NUZZO, *Art. 1469-ter, comma 3°, c.c.*, in *Commentario al Capo XIV Bis del Codice civile: Dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, cit., 755; Trib. Palermo 22 ottobre 1997, in *Giur. it.*, 1998, 1608. Cfr. anche Trib. Torino 22 settembre 2000, cit. secondo cui la presunzione relativa ammette la prova contraria della trattativa e della riproduzione di disposizione di legge.

³⁷ Per G. CIAN, *op. cit.*, 416 e E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, cit., 577, il giudice deve motivare un eventuale giudizio di non vessatorietà, dovendo il consumatore provare semplicemente che la clausola corrisponde all'elenco.

³⁸ A. GORGONI, *Art. 33, comma 2, lett. a)*, in *Codice del Consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, cit., 237; App. Roma 24 settembre 2002, cit., specifica che basta la semplice comparazione e non anche la dimostrazione del concreto squilibrio.

Nella norma richiamata, deputata alla esclusione della vessatorietà della clausola, non v'è alcuna traccia o alcun riferimento alla possibilità per il professionista di validare la clausola dimostrando che il suo comportamento è stato conforme ai canoni della correttezza contrattuale, (proprio perché la vessatorietà tradisce il comportamento scorretto del predisponente), né tantomeno viene concessa la prova contraria della buona fede soggettiva al professionista il quale, proprio grazie all'inciso "malgrado la buona fede", non può escludere la vessatorietà della clausola invocando l'ignoranza da parte sua di ledere il consumatore utilizzando una clausola per questi svantaggiosa.

Se la clausola non è contenuta tra quelle presunte vessatorie, trattandosi di elenco orientativo, ma non tassativo³⁹, il consumatore potrà, invocando il criterio generale del primo comma, dimostrare che la clausola incriminata, di fatto, produce un significativo squilibrio contrario a buona fede⁴⁰. E proprio il carattere elastico derivante dall'indicazione di alcune clausole consente di allargare la presunzione relativa di vessatorietà a clausole simili o analoghe a quelle enunciate⁴¹.

Sarà, invece, sempre a carico del professionista la prova della trattativa individuale idonea ad escludere la vessatorietà di singole clausole o elementi di clausola *ex art.* 34, commi 3 e 4.

Della trattativa individuale il legislatore, però, non fornisce i requisiti minimi⁴².

³⁹ Cfr., tra gli altri: P. SIRENA, *op. cit.*, 213; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 2000, 382; E. CESARO, *Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie*, Padova, 1997, 552; F. LUCCHESI, *Art. 33, comma 2*, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, cit., 235.

Nel senso che l'allegato alla direttiva 93/13/CEE contenente l'elenco di clausole abusive ha valore indicativo e non esaustivo, per tutte Corte Giustizia UE, sez. I, 14 marzo 2013, C-415/11, cit.

⁴⁰ P. SIRENA, *op. cit.*, 214.

⁴¹ P. SIRENA, *op. ult. loc. cit.* Diversamente per E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, cit., 581, l'elenco tassativo è suscettibile di sola interpretazione estensiva e non analogica.

⁴² E' fuor di dubbio che non sono espressione di una trattativa specifica: la mera comunicazione al consumatore delle condizioni, la lettura ad alta voce delle stesse o la spiegazione del loro significato, la specifica sottoscrizione di tutte le clausole, la sottoscrizione di una clausola secondo cui il contratto è frutto di specifica trattativa, la scelta del consumatore tra due o più opzioni previste in contratto o tra più contenuti preformulati, l'indifferenza del professionista di fronte ad una richiesta modificativa della clausola o di più clausole ovvero la sua semplice disponibilità a modificare, la discussione che non si è tradotta in alcun vantaggio per il consumatore, la mera aggiunta a penna della clausola, nell'ambito di un contratto dattiloscritto o la mera approvazione per iscritto della clausola medesima. Si tratta, infatti, di ipotesi estreme in grado di escludere la validità della trattativa individuale, in quanto in esse è evidente l'assenza di un negoziato minimo richiesto ai fini derogatori. Anche perché la maggior parte di esse ha il solo scopo di richiamare

Dall'impianto legislativo deve dedursi che la finalità della trattativa è quella di condurre ad un contratto bilanciato⁴³, posto che, in ragione del particolare ambito in cui opera la norma, la modifica è necessaria proprio per riequilibrare le posizioni contrattuali, mentre è superflua nel caso di contratto che, seppur unilateralmente predisposto per una specifica operazione, contemperi le diverse esigenze delle parti: va dato al consumatore il potere di intervenire se il contratto è eccessivamente gravoso. La trattativa ha la funzione di rendere valida una clausola che diversamente sarebbe nulla e la vessatorietà è esclusa perché quella clausola è compensata da altre clausole più vantaggiose per il consumatore o più svantaggiose per il professionista che nel complesso riequilibrano il contratto⁴⁴. Sicché il negoziato

individuale non può privare il consumatore dei diritti sanciti all'art. 2, comma 2, lett. c, cod. cons., alla correttezza e all'equità del contratto, ossia del diritto ad un contratto equilibrato che è un diritto irrinunciabile, come tutti i diritti attribuiti al consumatore dal codice del consumo (art. 143, comma 1, prima parte, cod. cons.), per cui sarà nulla la pattuizione che priverà il consumatore del bilanciamento dei diritti ed obblighi reciproci delle parti.

E un dato di conferma si ricava anche *ex art.* 36, comma 2, che stabilisce la nullità di quelle clausole che, pur se oggetto di trattativa individuale, non possono in alcun modo essere compensate da alcun vantaggio, consistendo in privazioni di diritti e garanzie contrattuali fondamentali per il consumatore⁴⁵.

l'attenzione dell'aderente sul contenuto del contratto e questo è proprio il tipo di tutela formale di cui il legislatore ha compreso i limiti di garanzia, perseguendone il superamento attraverso la predisposizione di una protezione effettiva, più adeguata al contesto in cui si svolge l'operazione economica.

Né sembra sufficiente, ai fini dello svolgimento della trattativa individuale, che la mancata modifica della clausola incriminata sia compensata da una *concessione* al consumatore per la conservazione della stessa. Infatti, la contropartita o lo sconto sul prezzo si tradurrebbero in un facile *escamotage* adottato dal professionista per eludere l'applicazione della disciplina garantista.

Sui requisiti della trattativa individuale si vedano, in dottrina per tutti, L.A. SCARANO, *Art. 1469-ter, 4° comma*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, cit., 987; E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, 537; M. DONA, *Il codice del consumo. Regole e significati*, Torino, 2005, 71; M. NUZZO, *Art. 1469-ter, comma 4°*, in *Commentario al Capo XIV Bis del Codice civile: Dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, cit., 764 s.; M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie)*, in *Contratto impresa Europa*, 1996, 431 ss.; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., 140.

⁴³ Pur se non parlano espressamente di contratto bilanciato, ritengono ugualmente che la trattativa individuale debba portare ad un regolamento congiuntamente determinato da entrambi i contraenti, tra gli altri: A. ORESTANO, *op. cit.*, 480; E. GRAZIOSO, *op. cit.*, 393 (che dal disposto dell'art. 3.2 della direttiva 93/13/CEE argomenta che il negoziato si ha quando c'è stato un effettivo scambio di proposta e accettazione, c'è stata, cioè determinazione del contenuto da entrambe le parti), e M. NUZZO, *Art. 1469-ter, comma 4°*, in *Commentario al Capo XIV Bis del Codice civile: Dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, cit., 769 (secondo cui la trattativa deve consistere in modifiche tali da far ritenere che il regolamento è frutto di una costruzione bilaterale nella quale si compongono gli interessi di entrambi i contraenti.).

Anche per L. BIGLIAZZI GERI, *Art. 1469-bis. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore. Comma 1°*, in *Commentario al Capo XIV Bis del Codice civile: Dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, cit., p. 91, il comportamento secondo correttezza rileva nella valutazione dei requisiti della trattativa individuale, per cui, anche se negoziata ma ugualmente squilibrata, la clausola sarà nulla.

⁴⁴ Sul punto la giurisprudenza non ha avuto molte occasioni di pronunciarsi. Infatti si segnalano solo due decisioni di legittimi-

tà, non pienamente soddisfacenti, volte ad indicare i requisiti necessari della trattativa individuale.

Un primo intervento (Cass. 26 settembre 2008, n. 24262, in *Giust. civ.* 2009, fasc. 4/5), pregevole per l'approfondita trattazione del punto, genera però qualche perplessità in ordine al requisito di effettività che insieme alla individualità ed alla serietà vanno, ad avviso dei giudici, a connotare la trattativa idonea ad escludere la vessatorietà della clausola. Ciò che non persuade è l'intendimento della effettività come possibilità per il consumatore di modificare una o più clausole, che, in quanto potenziale, potrebbe anche non essere esercitata, considerato che la spontanea decisione di accettare integralmente il testo sarebbe espressione di autonomia privata dell'aderente. In verità, questa idea rende vana la tutela perché il non intervento sul contenuto del contratto non si traduce in una espressione di autonomia contrattuale quando si è nell'ambito di un contratto predisposto, caratterizzato dalla debolezza contrattuale del consumatore che gli impedisce di contribuire alla formazione del regolamento contrattuale, anche in caso di contratto individuale.

Il secondo intervento (Cass. 20 marzo 2010, n. 6802, in *Foro it.*, 2010, 9, I, 2442), sebbene poco attento al chiarimento dei requisiti della trattativa, lascia però intendere che, come si è già avuto modo di evidenziare, alla trattativa viene richiesto di riequilibrare il contratto, nel momento in cui i giudici precisano che il professionista deve dare prova idonea a vincere la presunzione di vessatorietà della clausola dimostrando che, valutata singolarmente e in connessione con le altre clausole di cui si compendia il contenuto del contratto, nello specifico caso concreto essa non determina un significativo squilibrio di diritti e obblighi contrattuali.

⁴⁵La norma dispone che sono vessatorie e, quindi, nulle, anche se oggetto di trattativa individuale le clausole limitative della responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore (lett. a), le clausole che escludono o limitano le azioni del consumatore nei confronti del professionista in caso di inadempimento dello stesso (lett. b) e le clausole che prevedono l'adesione del consumatore come estesa a clausole che di fatto non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto (lett. c).

Secondo l'interpretazione prevalente, l'elencazione starebbe ad indicare il contenuto di una lista ulteriore (lista nera) che si caratterizza per la presunzione assoluta di vessatorietà che non ammette alcuna prova contraria. Sul punto cfr. F. ASTONE, *Art. 1469-quinquies, comma 2, c.c.*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. Barenghi, cit., 199; G. CIAN, *op. cit.*, 416; A. GORGONI, *op. cit.*, 240 ss.; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., 142.



A dire il vero, si tratta di tre ipotesi che, essendo volte a privare il consumatore di diritti fondamentali e irrinunciabili, sono naturalmente destinate a creare un significativo squilibrio di diritti ed obblighi⁴⁶.

5. I limiti della nullità di protezione⁴⁷.

Le clausole che risultano vessatorie a seguito di giudizio di accertamento o che si accerti corrispondano a quelle contemplate nelle liste sono nulle (art. 36 comma 1). La necessaria parzialità⁴⁸ di tale forma di invalidità fa salvo l'interesse del consumatore alla conservazione del contratto ed evita che il professionista possa invocare l'applicazione dell'art. 1419 c.c., dimostrando l'essenzialità della parte colpita dal vizio in grado di inficiare l'intero contratto.

Lo strumento si presenta come meccanismo di riequilibrio, tendente ad assicurare "il mantenimen-

to del contratto piuttosto che la sua demolizione", a patto che il rimodellato regolamento soddisfi comunque l'interesse del consumatore o conservi una "residua funzionalità sotto il profilo causale"⁴⁹.

Il principio di conservazione del contratto, sancito a vantaggio del consumatore, sarebbe però, a giudizio di alcuni, limitato dalle ipotesi in cui la nullità relativa concerna clausole vertenti su elementi essenziali del contratto o riguardi l'oggetto e l'adeguatezza del corrispettivo che diventano aspetti rilevanti se determinati in violazione delle regole di trasparenza: in tal caso sarebbe impossibile impedire la nullità dell'intero contratto *ex art.* 1418 c.c.⁵⁰. In realtà, come si vedrà tra breve, i principi posti a fondamento della nullità di protezione suggeriscono tutt'altra soluzione.

Trattandosi di rimedio disposto nell'interesse del consumatore non dovrebbe essere dato al giudice il potere di intervenire sostituendo il contenuto della clausola attraverso le regole generali dell'integrazione contrattuale⁵¹.

Osserva, infatti, la Corte di Giustizia⁵² che l'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13CEE unitamente al suo ventunesimo considerando, prevedono che il contratto stipulato tra consumatore e professionista debba rimanere vincolante per le parti qualora possa sussistere senza quelle clausole abusive. La disposizione impone al giudice nazionale di limitarsi ad escludere l'applicazione della clausola incriminata, per far sì che il consumatore non sia vincolato da essa, e al contempo gli vieta di rivedere il contenuto della clausola *de qua*. In linea di principio, l'unica operazione concessa al giudice consiste nella soppressione della clausola abusiva. Pertanto gli obiettivi e l'economia generale della direttiva privano il giudice della facoltà di rivedere il contenuto della clausola abusiva, perché diversamente tale potere di intervento minerebbe l'effetto dissuasivo esercitato dalla pura e semplice disapplicazione nei confronti

Secondo altri, invece, (E. NAVARRETTA, *Art. 1469-quinquies, comma 2°*, in *Commentario al Capo XIV Bis del Codice civile: Dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, cit., 868, E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, cit., 579; P. SIRENA, *Presunzione di vessatorietà, art. 1469 bis, 3° comma*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, cit., 215 (che ammette la prova contraria dell'assenza di squilibrio o che la clausola è giustificata da circostanze esistenti al momento della stipulazione), il fatto che le tre clausole riproducano il contenuto delle lett. a), b), l) dell'art. 33, comma 2, significherebbe che l'elenco dell'art. 36, comma 2, vuole escludere solo la prova contraria della trattativa individuale, mentre ammetterebbe la prova contraria della mancanza di squilibrio in contrasto con la buona fede o della riproduzione di disposizioni di legge.

⁴⁶ Limitatamente all'onere della prova, la precisazione contenuta nell'art. 34, comma 5, che grava il professionista della prova della trattativa nei contratti standard, ha disorientato gli interpreti, propensi a ritenere che nel contratto negoziato tale prova spetti, invece, al consumatore. In realtà, l'onere della prova della trattativa individuale spetta al solo professionista sia nell'ipotesi di contratto standard, che in quella di contratto negoziato e per il caso in cui egli sia attore o convenuto. In questi termini Cass. 26 settembre 2008, n. 24262, in *Giust. civ.*, 2009, 4-5, I, 981.

⁴⁷ La nullità di protezione, com'è ormai noto, è una forma speciale di nullità, in quanto posta a tutela di interessi di categoria e non generali che la strutturano in modo da renderla necessariamente parziale e relativa. La ricostruzione è ormai pacifica. Cfr. per tutti M. MANTOVANI, *Le «nullità di protezione» nella tassonomia dei rimedi*, cit., 1628, la quale appunto descrive la nullità di protezione come "strumento di protezione di interessi particolari che fanno capo a singoli o a gruppi [...] di interessi «seriali», cioè propri di classi o «categorie» di soggetti bisognosi di specifica tutela". Si vedano inoltre G. PASSAGNOLI, *Artt. 36-38, in Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, cit., 385. Anche E. MINERVINI, *I contratti del consumatore*, cit., 570, parla di nullità parziale necessaria, finalizzata a garantire il diritto del consumatore alla conservazione del contratto.

⁴⁸ Si parla proprio di "nullità parziale necessaria". Per tutti: M. MANTOVANI, *op. cit.*, 1628; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

⁴⁹ Così testualmente M. MANTOVANI, *Le «nullità di protezione» nella tassonomia dei rimedi*, cit., 1626 ss.

⁵⁰ Così, per tutti: E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, 571; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 1999, 1350; P. SIRENA, *Presunzione di vessatorietà, art. 1469 bis, 3° comma*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, cit., 856.

⁵¹ Da ultimo cfr. F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2014, 8/9, 741 ss., ove riferimenti bibliografici.

⁵² Corte di Giustizia UE, sez. I, 14 giugno 2012, n. C-618/10, in *Contratti*, 2013, 1, 16 ss. Conforme Corte di Giustizia UE, 30 maggio 2013, n. C-488/11, in *Foro it.*, 2014, 1, IV, 3, a proposito della clausola penale. Nello specifico, la Corte interpreta l'art. 6, paragrafo 1, direttiva 93/13/CEE nel senso che esso vieta al giudice nazionale di ridurre l'importo della penale stabilito da una clausola dichiarata vessatoria, potendosi semplicemente procedere alla disapplicazione integrale della clausola stessa.



del consumatore della clausola incriminata. Infatti, nell'ottica del legislatore europeo, la eliminazione della clausola dal regolamento contrattuale ha la funzione di indurre il professionista a non utilizzare più la clausola, effetto che, invece, sarebbe interdetto da un ipotetico intervento correttivo. Quindi l'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE va interpretato nel senso che il giudice nazionale, accertata l'abusività di una clausola, debba escludere semplicemente l'applicazione della stessa, non potendo rivedere il suo contenuto⁵³, mentre, nel caso in cui il contratto non possa sussistere dopo l'eliminazione della clausola abusiva, la disposizione richiamata non osta ad una regola di diritto nazionale che permette al giudice nazionale di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva⁵⁴.

Considerato che il legislatore ha introdotto quale strumento di tutela, in ossequio ai principi enunciati dalla direttiva, la nullità di protezione, avente appunto al funzione di garantire la disapplicazione della clausola vessatoria e la conservazione del contratto là dove possibile, il divieto per il giudice nazionale di intervenire per la modifica o la riformulazione della clausola gravosa discende dall'applicazione delle norme di cui agli artt. 1339, 1340 e 1374 c.c. solo se ed in quanto favorevoli per il consumatore in virtù del disposto degli artt. 1469 *bis* c.c. e 38 codice del consumo dai quali si evince l'applicazione della disciplina generale del contratto ai contratti del consumatore in quanto non pregiudizievole per lo stesso.

Quindi, se la nullità della clausola non inficia la validità del contratto il giudice deve limitarsi a disapplicarla, non potendo modificarne il contenuto; diversamente da quanto accade se la clausola verte su di un elemento essenziale della negoziazione, quale appunto l'oggetto inteso come determinazione del corrispettivo.

⁵³ L'orientamento è seguito da Arbitrato Bancario Finanziario, Collegio di Roma, ord. 23 maggio 2014, n. 3415, in *Contratti*, 2014, 8/9, 737 ss., secondo cui: "laddove nei contratti con i consumatori una clausola sia nulla perché abusiva, non è applicabile al contratto la norma di diritto dispositivo alla quale il professionista predisponente intendeva derogare. Nel caso in cui il tasso degli interessi moratori sia manifestamente eccessivo nei contratti di finanziamento predisposti da una banca nei confronti dei consumatori, la clausola è nulla perché abusiva fino a prova contraria e nessun interesse moratorio è dovuto per il ritardo nel pagamento delle rate, fermo restando il decorso degli interessi corrispettivi contrattualmente pattuiti. È allora onere della banca provare il danno risarcibile a essa eventualmente cagionato dalla mora debitoria, ai sensi dell'art. 1223 c.c."

⁵⁴ Sul punto Corte giustizia UE 30 aprile 2014, C-26/13, in *Dir. e giust.*, 2014, 5.

Il principio di conservazione che si desume dalla struttura della nullità di protezione fa sì che si debba sempre propendere per la salvezza del contratto per cui, stanti i disposti delle norme di coordinamento richiamate in precedenza, sono applicabili solo le disposizioni che consentono tale operazione. In particolare gli artt. 1339 e 1374 c.c. inducono ad affermare che se la determinazione del corrispettivo non è possibile in base a previsioni legislative o agli usi, è allora auspicabile il ricorso all'equità. Sicché il potere sostitutivo delle parti deriverebbe al giudice dall'art. 1374 c.c. che, in ultima istanza, gli consente una determinazione equitativa dell'oggetto del contratto⁵⁵.

La nullità di protezione è però uno strumento rimediabile e successivo, esperibile solo nel caso in cui la clausola vessatoria sia stata utilizzata in un contratto già concluso e in fase di esecuzione. Essa comunque richiede un giudizio di cognizione ordinario proprio per accertare la sussistenza dei requisiti di vessatorietà. Probabilmente è questa la ragione per cui le pronunce al riguardo sono carenti e la mancanza di riscontro applicativo della disciplina evidenzia comunque un *vulnus*, addebitabile ai tempi e ai costi della giustizia che disincentivano l'esperimento del rimedio.

La nullità di protezione è di per sé compiutamente strutturata e coerente con il sistema delineato, ma le modalità per la sua concreta attuazione risultano penalizzanti in considerazione del fatto che

⁵⁵ La determinazione ad opera del terzo o del giudice è fenomeno possibile nel nostro ordinamento. L'art. 1349 c.c. prevede che in caso di mancata determinazione dell'oggetto ad opera del terzo, o di determinazione iniqua od erronea, siffatto potere venga esercitato dal giudice. È pur vero che in tal caso l'attribuzione del potere è espressione della autonomia contrattuale dei contraenti che di comune accordo assegnano ad altri la determinazione dell'oggetto del contratto, essendo in questo caso l'intervento del giudice sostitutivo di un potere (quello del terzo) impropriamente esercitato. Nel caso in cui le parti hanno personalmente determinato l'oggetto, ma la relativa clausola è affetta da nullità, per ovviare alla caducazione dell'intero contratto si può ricorrere all'applicazione di disposizioni di legge o agli usi e in ultima istanza all'equità. Il potere di intervento del giudice in tale ipotesi non discende dalla volontà delle parti, ma dalla stessa legge, in adempimento dei principi posti a fondamento della disciplina consumeristica. Cfr. Cass. 28 marzo 2008, n. 8092, in *Dir. trasporti* 2009, 2, 463, che ha ritenuto possibile *ex art.* 1374 c.c. il ricorso all'equità per la determinazione del compenso spettante al rimorchiatore comandato a un servizio particolare, in mancanza di una fonte regolatrice sia contrattuale che legislativa e non risultando un uso in materia. Più in generale sulla funzione dell'equità, per tutte Cass. 8 luglio 1983, n. 4626, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, fasc. 7, secondo cui l'equità richiamata dall'art. 1374 c.c. - in forza del quale *il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o in mancanza, secondo gli usi e l'equità* - è puramente suppletiva, nel senso che colma le lacune non coperte dagli usi o da altre legittime fonti, ma non è un canone interpretativo del contratto già completo in tutti i suoi elementi.



uno strumento rimediabile, nell'ambito di una contrattazione in cui spesso il valore dell'operazione economica non induce ad intraprendere la via della giustizia, non può essere considerato pienamente soddisfacente.

6. L'insuccesso dell'azione inibitoria.

Quello che doveva essere il punto di forza della tutela consumeristica e che avrebbe potuto effettivamente garantire il consumatore dall'utilizzo da parte del professionista di clausole abusive, era proprio l'azione generale e preventiva dell'inibitoria prevista dall'art. 37 del codice del consumo che, di fatto, ha trovato scarsissima attuazione.

Il rimedio, rivolto al futuro, tende ad evitare che gli atti illeciti vengano ulteriormente posti in essere dal professionista⁵⁶, mentre, qualora abbia ad oggetto clausole già in uso (ipotesi molto più frequente), esso ha il duplice scopo di far cessare il comportamento illecito già in essere e di imporre all'autore dell'illecito un obbligo di astensione, per l'avvenire, da comportamenti di cui si sia accertata l'antigiuridicità⁵⁷. Il carattere preventivo è tipico dell'inibitoria di condizioni generali non ancora utilizzate⁵⁸.

In sede collettiva, trattandosi di rimedio astratto, l'indagine sulla natura vessatoria prescinde da riferimenti concreti, ancorati alla stipulazione del singolo contratto, e andrà svolta mediante il ricorso ai criteri astratti dettati dalla legge: si valuteranno la natura del bene o del servizio oggetto del contratto e le altre clausole del contratto medesimo⁵⁹. Anche in tal caso, se la clausola corrisponde all'elenco, non serve provare lo squilibrio, essendo sufficiente la sua comparazione con il testo normativo dell'art. 33, comma 2, così come, ai fini della valutazione dello squilibrio, sarà sufficiente confrontare il modello contrattuale incriminato con lo schema legale⁶⁰.

A seguito dell'emanazione del codice del consumo, che ha introdotto disposizioni di carattere generale che regolano l'accesso alla giustizia attraverso la proposizione di azioni collettive inibitorie e risarcitorie (artt. 139 ss. cod. cons.), l'art. 37 si pone in rapporto di *species a genus* rispetto all'art. 140, vale a dire come azione inibitoria specifica di una condotta ben individuata, consistente nell'utilizzo da parte del professionista di clausole abusive, in tal caso estendendo la legittimazione attiva alle associazioni rappresentative dei professionisti e alle camere di commercio. L'inibitoria specifica si esercita, dunque, per quanto non previsto dall'art. 37, ai sensi dell'art. 140.

Il provvedimento inibitorio è una vera e propria sentenza di condanna: accertata la vessatorietà si inibisce l'uso della clausola⁶¹. Con esso, *ex art.* 140 comma 7 cod. cons., stante l'esplicito rinvio dell'art. 37, comma 4, il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di danaro da 516 a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto.

Anche in questa sede, il giudice può vietare l'uso delle clausole, ma non ordinarne la rettifica⁶². L'inibitoria ha effetto anche sui contratti già stipulati al momento della pronuncia giudiziale, nel senso che il professionista non potrà esercitare i diritti derivanti dalle clausole di cui è inibito l'utilizzo⁶³. Infatti, come già precisato, stante il disposto degli art. 37 comma 4, e 140, comma 10, l'azione inibitoria di cui all'art. 37 si esercita ai sensi dell'art. 140.

2001, 981, in sede di inibitoria ha valutato la vessatorietà sulla base della comparazione della clausola con l'elenco.

⁵⁶ Cfr. A. BELLELLI, *op. cit.*, 955.

⁶² Espressamente: Trib. Roma 28 ottobre 2000, in *Contratti*, 2001, 441; Trib. Roma 5 ottobre 2000, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 423.

⁶³ La soluzione era già stata adottata sotto la vigenza dell'art. 1469sexies c.c. da Cass. 21 maggio 2008, n. 13051, in *Foro it.* 2008, 9, I, 2474, secondo cui: *In tema di azione collettiva, proposta, nella vigenza dell'art. 1469 sexies c.c., da una o più associazioni rappresentative dei consumatori, l'inibitoria dell'uso delle clausole vessatorie produce effetti anche sui contratti già stipulati al momento della pronuncia giudiziale, sia perché l'eliminazione delle clausole vessatorie da tutti i contratti che le contengono è coerente con le finalità attribuite dal legislatore comunitario all'azione collettiva sia perché l'applicazione del divieto ai contratti ad esecuzione differita o con durata reiterabile (come quelli bancari) vigenti al momento dell'adozione dell'inibitoria, realizza la funzione preventiva propria di questo specifico strumento di tutela, escludendo la necessità di ricorrere all'azione individuale per espungere, in concreto, dai singoli regolamenti negoziali, le condizioni colpite dal provvedimento giudiziale.*

L'attuale impianto normativo del codice del consumo conferma l'effetto dell'inibitoria come descritto nel testo senza tema di smentita.

⁵⁶ Il punto è pacifico. In dottrina per tutti E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, cit., 595.

⁵⁷ Trib. Torino, 16 novembre 2006, in *Resp. Civ e prev.*, 2007, 6, 1448 e Trib. Palermo 26 ottobre 2007.

⁵⁸ Così E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, 605.

⁵⁹ Si vedano A. BELLELLI, *Art. 1469-sexies. Azione inibitoria*, in *Commentario al Capo XIV Bis del Codice civile: Dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F. D. Busnelli, cit., 941; E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, 607; Trib. Torino 12 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2001, 505; Trib. Roma 24 dicembre 1997, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 711, che sposta l'indagine sul confronto delle condizioni generali di contratto con il criterio generale del significativo squilibrio e con l'elenco di clausole presunte vessatorie.

⁶⁰ In tal senso App. Roma 24 settembre 2002, in *Giur. Romana*, 2003, 138. Anche Trib. Torino 22 settembre 2000, in *Giur. it.*,



Le disposizioni di rinvio consentono di attribuire all'inibitoria un ampio contenuto, capace di vietare al professionista per il futuro l'utilizzo delle clausole dichiarate abusive, e di ottenere dal giudice l'adozione delle misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate. L'effetto dannoso è certamente ravvisabile nella stipulazione e conseguente esecuzione di un contratto squilibrato per il consumatore, derivante da un utilizzo improprio da parte del professionista del potere di predisposizione unilaterale del contratto teso a favorire la propria posizione contrattuale e non a garantire una contrattazione uniforme. Per rimuovere l'effetto dannoso, bisogna eliminare dai moduli già in uso la clausola o le clausole accertate come vessatorie. Quindi, le associazioni dei consumatori che agiscono in inibitoria, possono chiedere *ex art. 140, comma 1, lett. b)*, che il giudice inibisca l'uso della clausola e ordini al professionista di provvedere alla modifica unilaterale del contratto, ove sia possibile, ovvero alla comunicazione ai consumatori del provvedimento che rende inefficace la clausola, sì da renderli edotti sull'inoperatività della clausola stessa.

È altresì prevista la pubblicazione del provvedimento (art. 37, comma 3) in uno o più giornali a diffusione nazionale, proprio per rafforzare il provvedimento, perché essa gioca sul discredito commerciale in danno dell'imprenditore (sempre impegnato nella tutela della propria immagine⁶⁴) e mira a rendere edotto il consumatore circa l'inoperatività di quelle clausole.

Lo strumento di tutela generale e preventivo dell'azione inibitoria che avrebbe dovuto rappresentare il successo e determinare l'evoluzione e la reale misura di protezione del consumatore di fatto è rimasto inattuato.

Sarebbe stata auspicabile una proficua produzione di provvedimenti inibitori, ma questi, nonostante siano trascorsi diciotto anni dal debutto della disciplina, possono contarsi sulla punta delle dita.

Particolare merito va riconosciuto ai giudici palermitani⁶⁵, torinesi⁶⁶, romani⁶⁷ che si sono fatti ca-

⁶⁴ Cfr. E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, 620.

⁶⁵ Trib. Palermo 7 luglio 2008, in *Dir. maritt.*, 2009, 4, 1218; Cfr. Trib. Palermo 18 settembre 2000, in *Danno e resp.*, 2001, 177, il quale ha dichiarato l'inibitoria cautelare dell'utilizzazione delle clausole, predisposte per regolamentare in modo uniforme i contratti d'utenza conclusi dal consorzio che gestisce il servizio di distribuzione dell'acqua, con cui: a) si prevede la risoluzione di diritto del contratto nel caso di infrazione di una qualsiasi clausola in esso contenuta; b) si prevede che i verbali di ispezione redatti dal personale del consorzio fanno piena fede fino a prova contraria.

Trib. Palermo 3 febbraio 1999, in *Foro it.* 1999, I, 2085, ha inibito l'utilizzazione della clausola, contenuta nelle condizioni generali di un contratto di trasporto marittimo, in forza della quale, qualora venga soppressa la partenza di una nave, il con-

sumatore non ha diritto al risarcimento del danno, sia nel caso di partenza successiva con altra nave, sia nel caso di risoluzione del contratto.

rico dell'attuazione della tutela generale e preventiva e certo l'inerzia non sembra imputabile ai giudici, quanto piuttosto ai soggetti legittimati all'azione. E se può comprendersi l'inerzia delle associazioni dei professionisti, che potevano agire al fine di garantire la concorrenza e la correttezza, ma non lo hanno fatto per evitare evidentemente azioni inibitorie ritorsive nei loro confronti da parte delle associazioni colpite, meno comprensibile è l'inattività delle associazioni di consumatori pur con l'attenuante del già dichiarato ostacolo rappresentato dai costi delle azioni giudiziarie che non sempre le associazioni sono in condizione di sostenere.

Appare in tutta la sua evidenza che la circostanza che si continuino ad utilizzare clausole abusive, e che siano completamente assenti gli interventi repressivi delle condotte scorrette, decreta un insuccesso della disciplina.

Ed è ormai chiaro che non è stata certo una scelta lungimirante quella di riversare sul consumatore i tempi e i costi della giustizia che fungono da deterrente in considerazione del valore economico del bene o del servizio spesso esiguo o comunque inferiore rispetto all'onerosità di un giudizio ordinario.

7. La nuova tutela amministrativa riservata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato in caso di clausole abusive.

Probabilmente, anche alla luce di questi riscontri, il legislatore ha deciso di intervenire per completare il panorama dei rimedi e rafforzare la tutela. Sicché si è approdati ad un intervento di tipo amministrativo⁶⁸ che però è completamente differente rispetto a quello già noto e operante in tema di pratiche commerciali scorrette.

sumatore non ha diritto al risarcimento del danno, sia nel caso di partenza successiva con altra nave, sia nel caso di risoluzione del contratto.

⁶⁶ Trib. Torino 20 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, 4, I, 1298; Trib. Torino 12 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2001, 505; Trib. Torino 16 aprile 1999, in *Giur. it.* 2000, 999.

⁶⁷ App. Roma 24 settembre 2002, in *Giur. it.* 2003, 119; Trib. Roma 5 ottobre 2000, in *Giur. it.* 2001, 743; *Resp. civ. e prev.*, 2001, 423.

⁶⁸ Al riguardo cfr. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa*, cit., parla di nuova tutela amministrativa con carattere preventivo che si affianca agli altri rimedi e opera sul piano amministrativo e non giurisdizionale della tutela della concorrenza e del mercato. L'Autorità svolge attività di vigilanza in funzione di regolamento del mercato anche sul contratto standardizzato. Il piano di intervento risulta, così, non più limitato al profilo soggettivo-individuale caratterizzato da rimedi di riequilibrio *ex post* delle posizioni di debolezza, ma esteso anche al profilo oggettivo-collettivo di vigilanza della correttezza del mercato, reprimendo comportamenti che possono incidere sulla libertà e sulla consapevolezza del consumatore, in modo da contrastare l'abuso della libertà contrattuale da parte del professionista.





L'art. 37 *bis*, comma 1, prima parte, del codice del consumo assegna all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il compito di dichiarare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante l'adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli o formulari. Nessun altro potere è concesso all'Autorità se non quello di verificare la vessatorietà della clausola, dichiararla e renderla pubblica sul sito internet dell'Autorità e dell'operatore (art. 37, comma 2).

I professionisti interessati hanno facoltà di interpellare preventivamente l'Autorità in merito alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori. L'Autorità si pronuncia sull'interpello nel termine di centoventi giorni dalla richiesta e le clausole non ritenute vessatorie a seguito di interpello non possono essere successivamente valutate dall'Autorità (art. 37 *bis*, comma 3).

L'Autorità, al termine del procedimento che accerta la violazione, delibera la vessatorietà della clausola o delle clausole e dispone la pubblicazione del provvedimento secondo modalità ben precise indicate nel provvedimento stesso. Il testo dell'estratto del provvedimento (allegato al provvedimento stesso) deve essere pubblicato a cura e spese del professionista sul suo sito internet per il periodo di tempo espressamente indicato ed entro trenta giorni dall'avvenuta comunicazione della decisione. La pubblicazione deve essere preceduta dalla comunicazione all'Autorità della data in cui la stessa avrà luogo e deve essere seguita, nei tre giorni successivi, dall'invio all'Autorità di una copia dell'estratto come pubblicata sul sito. La pubblicazione dovrà ricalcare in toto l'impostazione, la struttura e l'aspetto dell'estratto allegato; le modalità di scrittura, di stampa e di diffusione non dovranno essere tali da vanificare gli effetti della pubblicazione; in particolare, nella pagina del sito in cui avviene la pubblicazione non dovranno essere riportati messaggi incompatibili con il contenuto dell'estratto o che comunque tendano ad attenuarne la portata o il significato.

Si adotta la sanzione della pubblicazione del provvedimento sul sito internet del professionista in modo che sia immediatamente reso noto al consumatore che quell'imprenditore utilizza clausole vessatorie. Non si tratta di un intervento diretto, correttivo o inibitorio, bensì di un intervento strumentale, indirettamente finalizzato a tutelare il consumatore, proprio perché il legislatore ha voluto mantenere distinte la tutela del mercato dalla tutela contrattuale. Infatti, a primo acchito, l'intervento della Autorità avrebbe potuto far inorridire trattandosi di potere di intervento riconosciuto in ambito contrattuale ed

essendo l'Autorità, per natura e funzione, deputata alla tutela della concorrenza e del mercato.

Quindi intervento strumentale, nel senso che, ferma l'intenzione del legislatore di non confondere i due piani, viene compulsata l'Autorità, la quale deve accertare la violazione di una condotta scorretta, consistente nell'utilizzo di clausole vessatorie, finalizzata prevalentemente alla tutela della concorrenza e del mercato.

Con la mera pubblicazione sul sito del provvedimento si vuole rendere pubblico l'utilizzo di clausole vessatorie in modo che il consumatore possa compiere le sue valutazioni⁶⁹. E ovviamente il consumatore non sarà invogliato a stipulare con un professionista che utilizza le clausole vessatorie. Di qui il danno reale per l'impresa che si traduce in una diminuzione della contrattazione e quindi in un calo dei profitti. Si presume, appunto, che a risentirne siano soprattutto le vendite via internet che rendono obbligatorio il passaggio attraverso il sito internet del professionista, ma anche tutte le altre forme di vendita a distanza, siano esse a domicilio, per corrispondenza e via scorrendo, tutte le volte che un consumatore attento voglia consultare il sito per assumere informazioni non solo sul tipo di attività svolta, ma soprattutto sulla serietà e correttezza dell'impresa venditrice o fornitrice. Quindi la pubblicazione, minacciando la serietà e l'affidabilità del professionista sul mercato, dovrebbe comportare un calo dei profitti, capace di indurlo a rimuovere spontaneamente le clausole incriminate dai suoi formulari, così spingendolo ad assumere una condotta corretta e leale, rispettosa delle regole del mercato e della concorrenza, di cui si avvantaggerebbe indirettamente anche il consumatore.

In sintesi, la tutela amministrativa si realizza attraverso l'informazione al consumatore e la dissuasione nei confronti del professionista all'utilizzo di clausole vessatorie, inducendolo ad assumere comportamenti leali e corretti, tipici di un mercato libero, efficiente e concorrenziale.

Tuttavia, pur dinanzi a tali lodevoli intenzioni, l'efficacia e l'incisività del rimedio paiono messi a rischio o attenuati dagli scarsi periodi di durata della pubblicazione, finora disposta per un tempo minimo di quindici giorni e fino ad un massimo di trenta, se avvenuta sulla *home page* del sito del professionista⁷⁰.

⁶⁹ Si veda anche L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa*, cit., secondo cui la tutela amministrativa non inibisce e non incide sulla validità della clausola, ma ha un "effetto dissuasivo" nei confronti di chi l'ha predisposta e "divulgativo e informativo" nei confronti dei consumatori.

⁷⁰ Con l'eccezione di un solo giorno di pubblicazione su di un quotidiano a diffusione nazionale o locale, per non parlare del limitato numero di provvedimenti allo stato emanati. Infatti, al

È auspicabile che le associazioni dei consumatori si sentano maggiormente incoraggiate ad esperire le azioni collettive proprio dall'emanazione del provvedimento dell'Autorità che dichiara la vessatorietà della/e clausola/e, in tal modo assegnando un ruolo preciso a tale ultima forma d'intervento.

Una funzione promotrice quella dell'Autorità, dunque, confermata proprio dal quarto comma dell'art. 37 *bis* che fa salva la competenza del giudice ordinario sulla validità delle clausole, con ciò coordinandosi con gli strumenti di tutela già esistenti, ai quali il nuovo non va a sostituirsi, ma ad affiancarsi, nel tentativo di promuoverne il ricorso.

Il provvedimento dell'AGCM potrà assumere valore probatorio⁷¹ nel giudizio ordinario, anche se

momento del licenziamento alla stampa del presente lavoro nella sezione del sito dell'Autorità, dedicata alla pubblicazione dei provvedimenti in materia di clausole abusive nei contratti del consumatore, erano pubblicati soltanto 27 provvedimenti, di cui uno concluso con l'accertata non violazione.

⁷¹ Cfr. anche L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa*, cit., la quale specifica che al giudice ordinario è lasciata la facoltà di avvalersi degli accertamenti operati dall'AGCM.

D'altra parte per il Consiglio di Stato sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2818, in *Foro amm.*, 2014, 5, 1460 (s.m), *le funzioni attribuite alla Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) si connettono, anzitutto, al perseguimento di interessi pubblici di rango costituzionale, come la tutela della concorrenza nei mercati ovvero la protezione dei consumatori, che si esplicano con l'emanazione di atti sanzionatori, di ispezione e controllo, tipici della funzione pubblica; le dette funzioni contemplano anche l'esercizio di poteri afferenti alla formazione della normativa di settore, come quello della segnalazione al Parlamento e al Governo delle situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi (art. 21 della legge n. 287 del 1990), di cui si tiene conto ai fini della presentazione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza (art. 47 della legge n. 99 del 2009), ovvero con la previsione del parere obbligatorio sul rispetto del principio di proporzionalità nei disegni di legge governativi e i regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche, e di recente, infine, è stata attribuita alla AGCM la legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato (articoli 34 e 35 del decreto-legge n. 201 del 2011 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 214 del 2011); non potendosi trascurare l'attribuzione nel frattempo all'Autorità di ulteriori delicati compiti di natura pubblicistica, come la vigilanza sui conflitti di interessi dei titolari di cariche di governo (art. 6 della legge n. 215 del 2004) o l'attribuzione alle imprese del rating di legalità (art. 5-ter del decreto-legge n. 1 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2012). Ne risulta un insieme di funzioni e compiti attribuiti per la tutela di interessi primari dell'ordinamento che, pianamente, determinano la ontologica natura di pubblica amministrazione della AGCM.*

Il giudice amministrativo, in relazione ai provvedimenti dell'AGCM, esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio. Pertanto, nell'esercitare il proprio vaglio sulle determinazioni adottate dall'Autorità, il Giudice amministrativo deve valutare i fatti, al fine di acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità sia immune da travisamenti e vizi logici, e

in tal modo non si eliminano gli ostacoli della giustizia rappresentati dai costi e dalle lungaggini processuali.

8. La procedura di conciliazione per la composizione extragiudiziale delle controversie tra imprese e consumatori.

L'indagine sin qui condotta evidenzia, dunque, la potenziale idoneità della disciplina consumeristica a tutelare il consumatore in caso di utilizzo di clausole abusive da parte del professionista, che si disperde però nella pratica a causa dell'onerosità delle procedure giudiziali.

Il panorama dei rimedi è decisamente vasto e ben articolato e l'impianto normativo completo e coerente, ma lo scarso riscontro applicativo rischia di vanificare lo sforzo legislativo e di lasciare la disciplina su di un piano meramente astratto e, quindi, concretamente inattuabile. Né sembra che la neonata tutela amministrativa possa da sola compensare le inefficienze dei rimedi già esistenti, legate non solo allo scarso ricorso alla giustizia, ma anche ad una sottovalutazione di procedure alternative più rapide e agevoli, allo stato completamente trascurate. Ci si riferisce in particolare ai rimedi extragiudiziali delle controversie, già previsti dall'art. 141 cod. cons., che rappresentano, ad avviso di chi scrive, lo strumento di eccellenza per il riequilibrio delle posizioni contrattuali e per la concreta attuazione della disciplina consumeristica.

Infatti, non v'è dubbio che il futuro della risoluzione delle controversie in materia di consumo debba andare proprio verso queste forme di giustizia che garantendo tempi e costi contenuti, offrano reali garanzie ai consumatori, che solo in tal modo possono essere indotti a confidare sulla effettività della tutela a loro riservata e sull'efficienza del mercato.

accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati (fra cui quello di 'mercato rilevante' nell'ambito delle operazioni di concentrazione al fine di stabilire se si siano verificati la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante, che qui viene in rilievo), il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM laddove le valutazioni da essa svolte al fine di definire il mercato rilevante siano complessivamente attendibili secondo le dottrine economiche, immuni da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge. Così: Consiglio di Stato, sez. VI, 12 aprile 2013, n. 2002, in *Foro amm.* CDS 2013, 4, 997. Conformi: Cons. Stato, sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5171, *ivi*, 2011, 9, 2854; Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925, *ivi*, 2011, 5, 1621 che chiarisce che il sindacato del giudice amministrativo è pieno; Cons. Stato 9 febbraio 2011, n. 896, *ivi*, 2011, 2, 562; Cons. Stato 3 aprile 2009, n. 2092.



Un procedimento più rapido, snello ed economico è offerto attualmente dalla procedura di conciliazione di cui all'art. 140, comma 2, del codice del consumo. Grazie al disposto del comma decimo della norma che estende all'azione inibitoria dell'art. 37 la procedura descritta nel suddetto art. 140, è possibile, anche nel caso di contrattazione standard per moduli o formulari, l'attivazione della procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, prima dell'esperimento dell'azione inibitoria.

L'art. 140 delinea, come già osservato, i caratteri generali dell'inibitoria e le regole processuali applicabili anche all'inibitoria prevista dall'art. 37 che, in quanto dotata di profili di specialità, gode soltanto di una legittimazione attiva più ampia rispetto all'azione generale dell'art. 140.

Quindi, è dato alle associazioni di consumatori di attivare la procedura di conciliazione, prima di un'eventuale azione inibitoria ordinaria, per ottenere la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti. E in tale contesto, la tutela amministrativa e la procedura conciliativa si potrebbero coordinare, risultando la prima funzionalmente collegata alla seconda, in quanto ogniqualvolta sia dichiarata dall'AGCM la vessatorietà delle clausole sarebbe auspicabile un successivo ricorso alla procedura conciliativa.

Così facendo si assegnerebbe all'Autorità, che accerta e dichiara l'abusività delle clausole, un compito "propulsivo", se così lo possiamo definire, o meglio di supporto ad eventuali azioni inibitorie o meglio ancora alle procedure di conciliazione.

Ma ovviamente, nulla vieta che i due percorsi rimangano distinti, avviandosi una procedura conciliativa, a prescindere da qualunque sindacato dell'Autorità.

Venendo alla tutela giudiziaria, l'unico presupposto di procedibilità dell'azione, non è costituito dal tentativo di conciliazione che è facoltativo e non obbligatorio, ma dalla preventiva diffida alla cessazione del comportamento lesivo. Infatti il comma 5 dell'art. 140 prevede che l'azione inibitoria può essere proposta solo dopo che siano trascorsi 15 giorni dalla data in cui le associazioni hanno chiesto al soggetto da esse ritenuto responsabile, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti, consistente nella specie nell'uso di clausole considerate abusive.

Il tentativo di conciliazione è immaginato come strumento facoltativo attivabile da entrambi le parti.

La parte attorea (associazione dei consumatori) può instaurarlo preventivamente rispetto alla citazione in giudizio, mentre il convenuto in inibitoria può richiedere di attivarlo tanto dopo la ricezione

della raccomandata di cui all'art. 140 comma 5, quanto dopo la notifica dell'atto di citazione introduttivo del giudizio. Il tentativo di conciliazione, quando attivato dall'attore, si svolgerà con le medesime modalità di cui al comma 2 dell'art. 140 e impedirà la causa portando alla omologazione del verbale di conciliazione da parte del tribunale e al riconoscimento della relativa efficacia esecutiva. Quando attivato dal convenuto non pregiudicherà l'azione giudiziale, da avviarsi o già avviata, e l'eventuale conclusione positiva del tentativo di conciliazione, anche nella fase esecutiva, sarà valutata ai fini della cessazione della materia del contendere.

In sintesi, le associazioni dei consumatori possono:

- 1) esperire l'azione inibitoria rispettando l'unico presupposto di procedibilità indicato nell'art. 140 comma 5, cod. cons.;
- 2) promuovere il tentativo di conciliazione, prima del ricorso al giudice, innanzi alle camere di commercio o innanzi agli altri organismi di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo a norma dell'art. 141. Gli organi di composizione sono quelli costituiti ex art. 2, comma 2, lett. g), l. 29 dicembre 1993, n. 580, come sostituito dall'art. 1, comma 2, d. lgs. 15 febbraio 2010, n. 23⁷².

Il singolo professionista cui viene chiesta la cessazione del comportamento lesivo ai sensi dell'art. 140, comma 5, o che è stato chiamato in giudizio ai sensi dell'art. 140, comma 1, può attivare la procedura di conciliazione di cui al comma 2 senza alcun pregiudizio per l'azione da avviarsi o già avviata (art. 140, comma 6).

La celerità della procedura di conciliazione è evidenziata dallo stesso legislatore il quale fissa il termine massimo di sessanta giorni per la sua definizione (art. 140, comma 2), mentre l'economicità è garantita dalla previsione di minimi e massimi tariffari predisposti dalle CCIAA che garantiranno dei costi ragionevolmente assai ridotti rispetto a quelli propri di un giudizio ordinario, in considerazione della natura dell'attività di conciliazione che deve essere svolta.

Un passo importante verso la risoluzione stragiudiziale delle controversie era, dunque, già stato compiuto dal nostro legislatore, ma non attuato a causa dell'inerzia dei soggetti interessati e legittimati ad esperirlo.

⁷² La norma dispone che le camere di commercio provvedono alla costituzione di commissioni arbitrali o conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori.



Alle associazioni dei consumatori, dunque, è affidato il compito di attivarsi al fine di rendere concreta e attuabile la tutela dei soggetti nel cui interesse sono costituite, mentre al legislatore, per il momento, non resta che monitorare con attenzione gli sviluppi applicativi e i risultati raggiunti, con l'auspicio che intervenga, qualora ce ne dovesse essere bisogno, per rafforzare il ricorso alle procedure extragiudiziali⁷³, che incarnano lo strumento maggiormente idoneo a favorire la risoluzione delle controversie tra consumatori e imprese.



⁷³ Vale la pena ricordare l'art. 66 *quater*, introdotto dall'art. 1 d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, che ammette il ricorso alle procedure di mediazione e di negoziazione volontaria e paritetica di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 per la risoluzione delle controversie sorte dall'esatta applicazione dei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali.

Allo stato, in materia di consumo, non è possibile, invece, il ricorso alla negoziazione assistita, prevista dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162 – Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile - il quale, a ben ragione, esclude dal suo ambito di applicazione, *ex art. 3, comma 1, ultima parte*, le controversie concernenti le obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori.