

Assicurazione

Osservazioni in tema di clausole vessatorie “atipiche” nell’ottica delle relazioni tra contratto e mercato

di Domenico Fauceglia (*)

Lo scritto esamina “i fatti costitutivi della vessatorietà”, come previsti nel codice del consumo, in relazione allo squilibrio tra le posizioni delle parti e all’assenza di trattativa, analizzando, in particolare, quelle clausole qualificate come di particolare onerosità “quantunque oggetto di trattativa”. Viene, altresì, scrutinata la distinzione tra clausole vessatorie tipiche e clausole vessatorie atipiche, così come emersa in dottrina e in giurisprudenza, con riferimento anche ai rimedi apprestati dall’ordinamento.

Il problema e l’interpretazione della Corte di cassazione

Relativamente alle clausole vessatorie dei contratti conclusi tra professionista e consumatore, nell’interpretare l’art. 33 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (da ora *codice di consumo*), la S.C. di Cassazione (1) ha operato un *discrimen* tra clausole vessatorie “tipiche”, ossia quelle specificamente elencate al comma 2 art. 33 c. cons., e clausole vessatorie “atipiche”, quelle contemplate dal comma 1 art. 33 c. cons. Ebbene, la Cassazione ha ritenuto che, in presenza di clausole tipiche, il consumatore è agevolato da una presunzione relativa di vessatorietà, con

conseguente onere, in capo al professionista, di provare l’assenza degli elementi costitutivi della vessatorietà. Mentre, nella diversa ipotesi di clausole vessatorie atipiche, il consumatore è tenuto a dimostrare tutti i fatti costitutivi della vessatorietà, ed in particolare la mancata trattativa ed il significativo squilibrio di diritti ed obblighi contrattuali.

Più specificamente, la S.C. - nel corretto espletamento della sua funzione nomofilattica - individua i “fatti costitutivi” della vessatorietà delle clausole *ex art. 33 del D.Lgs. n. 206 del 2005*: lo “squilibrio” delle posizioni delle parti e l’assenza di “trattative”.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) Cass., Sez. III, 20 agosto 2015, n. 17024, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 2, 10215, con nota di Palmentola. Più specificamente, la S.C. ha chiarito che la clausola di un contratto di assicurazione sulla vita che obblighi il beneficiario, per ottenere il pagamento dell’indennizzo, ad una serie di adempimenti, ciascuno dei quali gravoso, inutile o che ha per effetto quello di invertire l’onere della prova, è vessatoria ai sensi dell’art. 33, lett. q), D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Nella specie, la S.C. ha ritenuto vessatoria una clausola che prevedeva che il beneficiario dovesse sottoscrivere presso l’agenzia un apposito modulo della compagnia; produrre l’originale della polizza, il certificato di morte del portatore di rischio, una relazione medica sulle cause del decesso, un atto notorio relativo allo stato successorio del portatore di rischio e, a

semplice richiesta, le cartelle cliniche relative ai suoi ricoveri ospedalieri). Allo stesso modo ha deciso App. Reggio Calabria 18 febbraio 2016, in ordine alla vessatorietà della clausola contrattuale che subordina il pagamento dell’indennizzo alla produzione di relazione medica sulle cause della morte dell’assicurato. *Sono vessatorie, e quindi nulle, ai sensi dell’art. 33, comma 2, lett. q), D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, le clausole che subordinano il pagamento dell’indennizzo ad adempimenti eccessivamente onerosi da parte del beneficiario, tra i quali espressamente - per quanto qui di specifico interesse - la produzione di relazione medica sulle cause della morte ovvero, a semplice richiesta dell’assicuratore, delle cartelle cliniche relative ai ricoveri subiti dall’assicurato ed ancora la produzione di “atto notorio riguardante lo stato successorio” dell’assicurato deceduto.* Massima redazionale di Garaffa in *www.ilcaso.it*, Sez. Giur., 15401 - pubb. 5 luglio 2016.

Argomenti

I singoli contratti

Il presente contributo vuole esplicitare la differenza tra le clausole vessatorie tipiche ed atipiche e, soprattutto, individuare le diverse conseguenze tra le due categorie di patti.

Le clausole vessatorie: differenze tra codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206) e codice civile

È noto che con il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. *codice del consumo* (da ora c. cons.), il legislatore ha dettato particolare disciplina in materia dei contratti tra professionisti e consumatori o utenti (2). La *ratio* della disciplina consumeristica è rintracciabile in un'esigenza di tutela del consumatore dagli abusi perpetrati dal professionista mediante l'unilaterale predisposizione di clausole che rendono vantaggiosa la posizione giuridica del professionista o che rendono particolarmente onerosa la posizione giuridica del consumatore. Tale esigenza di protezione del consumatore percorre gran parte della legislazione europea in materia di contratti e, in particolar modo, di clausole vessatorie (3).

In considerazione della disparità delle forze contrattuali che caratterizzano le posizioni del consumatore e del professionista, il legislatore settoriale predispose strumenti finalizzati ad un controllo giudiziale sul contenuto sostanziale del contratto, nonché specifici rimedi ora a carattere individuale e successivo (es. c.d. *nullità di protezione*, così rubricata all'art. 36 c. cons.), ora a carattere generale e preventivo (tutela inibitoria

avverso le clausole vessatorie, ex art. 37 c. cons., e tutela amministrativa ex art. 37 bis c. cons.) (4).

Risulta necessario, seppur brevemente, distinguere le ipotesi disciplinate dagli artt. 33 ss. del codice del consumo e quelle di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.; quest'ultime, nel disciplinare contratti conclusi mediante modelli o formulari già predisposti dall'imprenditore offerente (5), in una prospettiva di tutela della manifestazione della volontà dell'aderente, la disciplina comune dei contratti tutela esclusivamente un equilibrio formale delle posizioni contrattuali.

L'esigenza di una speciale disciplina riguardante i rapporti contrattuali tra consumatore e professionista è sorta a fronte di una evidente inadeguatezza della disciplina offerta dal codice di civile (6). Più specificamente, l'art. 1341 c.c., disciplinante le condizioni generali di contratto e le clausole vessatorie, è stato considerato inadeguato a disciplinare rapporti negoziali iniqui caratterizzati da una fisiologica disparità di posizioni contrattuali. A ben vedere, ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c., è sufficiente una doppia sottoscrizione dell'aderente per attribuire incontrovertibilità e piena efficacia alla clausola vessatoria. Al fine di ottemperare l'onere della doppia sottoscrizione per l'efficacia formale delle clausole vessatorie, di recente la S.C. ha chiarito che "la clausola vessatoria comportando l'alterazione del sinallagma contrattuale, la stessa deve essere specificamente approvata per iscritto, con sottoscrizione distinta da quella di approvazione delle condizioni generali di contratto" (7).

(2) Disciplina in precedenza collocata nel codice civile agli artt. 1469 bis - 1469 sexies, in attuazione della Dir. CEE 5 aprile 1993, n. 13. Alpa, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, 135 ss.

(3) L'esigenza è di proteggere il contraente debole e di predisporre strumenti volti a tutelare e correggere le conseguenze distorsive in termini di iniquità dei rapporti contrattuali con conseguente alterazione del corretto funzionamento del mercato. A ben vedere, i principi dettati dalla Carta Costituzionale impongono di subordinare l'autonomia contrattuale - potere che concorre a realizzare la personalità (art. 2 Cost.) - all'utilità sociale (art. 41 Cost.) prevedendo restrizioni che conducano ad un riequilibrio delle posizioni contrattuali in virtù del principio di uguaglianza sostanziale (art. 3 cost.). Sul tema, senza la pretesa di essere esaurienti, si veda Ricciuto, *Regolazione del mercato e funzionalizzazione del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 1612; Libertini, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 433.

(4) Il rimedio contro le clausole vessatorie nei contratti conclusi con i consumatori è regolato a livello europeo dall'art. 6 della Dir. 93/13 che, quale conseguenza della vessatorietà di una clausola, prevede che questa sia "non vincolante" e che "il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive".

(5) Così Oppo, *Principi, in Trattato di Diritto Commerciale*, Buonocore (diretta da), Sez. I tomo I, Torino, 2001, 67 ss. Santini, *Contratti e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988, 278 ss.

(6) La gran parte degli studi si conclude con una valutazione di inadeguatezza: Roppo, *Contratti standard, Autonomia e controlli nel diritto privato*, Milano, 1975; Majello, *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 68 ss.; Patti, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in AA.VV., *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, I, Torino, 1999, 297 ss.

(7) Così Cass., Sez. VI-3, 22 febbraio 2016, n. 3386, ord., in www.studiodilegale.leggiditalia.it. Più specificamente, la S.C. Ha dichiarato inefficace la clausola derogatrice della competenza territoriale inserita tra le condizioni generali di contratto dattiloscritte in calce ai documenti di trasporto predisposti dalla società venditrice e sottoscritti dall'acquirente, peraltro con firma illeggibile, al momento della ricezione della merce (come nella fattispecie). L'anzidetta previsione inserita nelle condizioni generali di contratto ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., invero, integra una clausola vessatoria, comportando l'alterazione del sinallagma contrattuale, per la previsione di un foro esclusivo a favore del solo predisponente, di talché la stessa deve essere specificamente approvata per iscritto, con sottoscrizione distinta da quella di approvazione delle condizioni generali di contratto. Ancora, si riportano recenti pronunce di merito in relazione alle modalità in forza delle quali deve avvenire la doppia sottoscrizione di cui al comma 2 art. 1341 c.c.: "La sottoscrizione apposta dal contraente in calce ad un elenco che si limiti a richiamare, oltre alla clausola vessatoria, anche tutte le altre condizioni generali del contratto, non soddisfa il requisito dell'approvazione specifica di

È chiara, dunque, l'inidoneità di tali strumenti che prevedono una tutela solo formale dell'aderente, tale da non consentire al giudice di effettuare una valutazione sostanziale del rapporto negoziale.

Per quanto riguarda la *legitimatō ad causam*, solo l'aderente può agire in giudizio per sentir dichiarare l'inefficacia delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341, comma 2, c.c. e non anche le associazioni e gli enti esponenziali (8).

Ebbene, la Dir. CEE n. 13 del 1993 ha avuto il merito di attribuire adeguati strumenti al consumatore, a favore del quale - in ragione della fisiologica vulnerabilità di quest'ultimo rispetto al professionista - è prevista una disciplina asimmetrica (9).

A ben vedere, stante il disposto di cui all'art. 38 c. cons., si tratta di una disciplina che non sostituisce quanto già previsto dal codice civile, anzi è integrata dalla disciplina di quest'ultimo.

Le clausole vessatorie nel codice del consumo: caratteri della vessatorietà e rimedi

Il D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (c.d. c. cons.) offre alla persona fisica "consumatore" una tutela di carattere sostanziale (e non solo formale) (10) rispetto alla più forte posizione del professionista (11).

In particolar modo, emerge il principio del *favor consumatoris* (12) all'art. 33 c. cons. che trova esclusiva applicazione ai contratti conclusi da un professionista e un consumatore, tale norma si applica non solo ai contratti di massa, ma anche ai contratti unilateralmente predisposti dal professionista per un determinato affare (13). La disciplina consumeristica diverge dalle disposizioni codicistiche, di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., che non dettano presupposti soggettivi ai fini dell'applicazione degli stessi e che tutelano, sia pure solo formalmente, l'aderente (14).

cui all'art. 1341 c.c." Trib. Pordenone 5 febbraio 2016, in *www.studiolegale.leggiditalia.it*; "L'adempimento della specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie può dirsi assolto soltanto quando le stesse siano oggetto di una approvazione separata, specifica e autonoma (c.d. "doppia firma"), distante dalla sottoscrizione delle altre condizioni dell'accordo; il requisito in parola assolve il fine di richiamare l'attenzione dell'altro contraente verso il significato di quella determinata e specifica clausola a lui sfavorevole, sicché esso può reputarsi assolto soltanto quando la sottoscrizione avviene con modalità idonee a garantire tale attenzione.". App. Campobasso 12 luglio 2016, in *www.studiolegale.leggiditalia.it*. Alquanto interessante, per quanto riguarda l'oggetto contrattuale, è stata una pronuncia del Trib. Trani 3 giugno 2015 (in questa *Rivista*, 2016, 5, 477, con nota di Quarticelli) secondo la quale la clausola contrattuale che esime dall'obbligo di custodia del veicolo e dalla relativa responsabilità il gestore dell'area di parcheggio, in quanto clausola di determinazione preventiva dell'oggetto del contratto, che pertanto si configura come "parcheggio senza custodia", è efficace indipendentemente dalla specifica approvazione per iscritto, non costituendo una clausola vessatoria.

(8) Il consumatore è unità indistinta di una massa ed un individuo che riveste nuovi diritti e li può far valere individualmente e collettivamente. Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1978, il testo rappresenta una prima analitica riflessione in materia di contrattazione di impresa e tutela del consumatore.

(9) Stella Richter, *Il tramonto di un mito: la legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto del consumatore)*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 200 ss.

(10) Irti, *La fondazione hegeliana del "diritto dei consumatori"*, in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, 475.

(11) Buonocore, *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 12, proprio nel rivisitare la categoria dei contratti di impresa, si sofferma sulla protezione del consumatore come soggetto tutelato dalle direttive comunitarie: il consumatore come controparte contrattuale esposto agli abusi, indiretto oggetto di tutela di leggi speciali regolanti etichette e informazione preventiva, sulle componenti dei prodotti, diventa il punto di riferimento del nuovo diritto contrattuale interno di origine comunitaria.

(12) Alcuni autori avvertono un "ritorno" allo *status*. L'autonomia negoziale ha segnato il passaggio da un sistema giuridico diseguale (o di antico regime) fondato su *status* personali e privilegi nobiliari, ad un nuovo ordinamento in cui la libertà di autodeterminazione, riconosciuta ad ogni persona capace di agire, funge da epicentro di un modello economico dominato dall'iniziativa privata e dalla libertà d'impresa. In tale prospettiva l'accordo raggiunto tra soggetti liberi di inserirsi nel traffico mercantile simboleggia il meccanismo (c.d. *Vertragsmechanismus*) che garantisce l'armonico sviluppo della società e dell'economia, finalmente affrancate da odiosi vincoli feudali e corporativi (si veda Calvo, *Il contratto*, Bologna 2015, 11 ss.). Il descritto ruolo emancipatorio del liberismo ottocentesco, incorporato nell'art. 1134 del *Code Napoléon* è ben lontano dal potere del giudice chiamato a valutare l'equilibrio normativo delle diverse posizioni contrattuali occupate da professionista e consumatore. La disciplina del consumatore sembra avvisare un ritorno allo *status*, non certo lo *status* di privilegio, ma lo *status* di protezione. La divaricazione tra contratti commerciali e contratti dei consumatori sembra non più proteggere lo *status* del commerciante, ma lo *status* del consumatore, Zeno - Zencovic, *Il diritto europeo dei contratti*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 57.

(13) Nei contratti *Business To Business* (B2B), allorché una parte riesca a imporre all'altra le proprie condizioni generali di contratto, si applica la sola disciplina a tutela del contraente aderente prevista dal codice civile a meno che l'impresa non sia in grado di determinare un eccessivo squilibrio di diritto e obblighi abusando dell'altrui stato di dipendenza economica. L'abuso di dipendenza economica (art. 9, L. n. 192/1998) era già nota ed altre esperienze straniere, e in particolare a quella francese e tedesca. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 7.

(14) Nei contratti *Business To Business* (B2B), allorché una parte riesca a imporre all'altra le proprie condizioni generali di contratto, si applica la sola disciplina a tutela del contraente aderente prevista dal codice civile a meno che l'impresa non sia in grado di determinare un eccessivo squilibrio di diritto e obblighi abusando dell'altrui stato di dipendenza economica. L'abuso di dipendenza economica (art. 9, L. n. 192/1998) era già nota ed altre esperienze straniere, e in particolare a quella francese e tedesca. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 7.

Argomenti

I singoli contratti

Attesa sia la sostanziale che rimediale distinzione tra le discipline dettate dai diversi codici, occorre soffermarsi sulla disciplina, dettata dal codice di consumo, delle clausole vessatorie, ossia tutte quelle “clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio di diritti e degli obblighi derivanti dal contratto” (art. 33, comma 1, c. cons.).

Il legislatore, al comma 2 dell'art. 33 c. cons., elenca ventidue clausole, costituenti la c.d. *lista grigia* della vessatorietà, caratterizzate ora dal pericolo di limitare la responsabilità del professionista; ora dall'attribuzione di un potere al professionista nel mutare il regolamento contrattuale (c.d. *ius variandi*); ora dagli intollerabili limiti alla libertà contrattuale del consumatore, ora dalle facoltà di recesso; ora dalle deroghe alla competenza territoriale del Giudice (15).

Le clausole presunte vessatorie (ex art. 33, comma 2, c. cons.) non sono, dunque, frutto di trattativa, seria, specifica ed individuale (16); non è nemmeno sufficiente, ai fini dell'esclusione della vessatorietà della clausola, una negoziazione futile o parziale, sicché “il fatto che taluni elementi di una clausola o che una clausola isolata siano oggetto di un negoziato individuale non esclude l'applicazione del presente articolo (34 c. cons.) alla parte restante del contratto, qualora

una valutazione globale porti alla conclusione che si tratta comunque di un contratto di adesione” (art. 3, n. 2, comma 2, Dir, CEE n. 13/1993) (17).

L'art. 34 c. cons. all'ultimo comma detta una regola generale: in presenza di contratti conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari unilateralmente predisposti dal professionista per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti, la prova della trattativa forma oggetto dell'onere probatorio posto a carico del professionista.

Il legislatore contempla tre specifiche clausole, elencate nel comma 2 dell'art. 36 c. cons., che, in considerazione della loro particolare onerosità, sono nulle “quantunque oggetto di trattativa”. Queste tre clausole rientrano nella “*lista nera*” e si presumono vessatorie *iuris et de iure*, con conseguente esclusione di qualsiasi prova contraria da parte del professionista.

Il carattere vessatorio delle clausole dipende da un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti da contratto; che costituisce imprescindibile indice sintomatico della vessatorietà (18). Come detto, le clausole specificamente elencate dall'art. 33, comma 2, c. cons., sono assistite da una presunzione *iuris tantum* che cade su tutti gli elementi costitutivi della vessatorietà: la mancata negoziazione e il rilevante squilibrio normativo.

(15) Nel caso prospettato dalla S.C. (Cass., Sez. III, 20 agosto 2015, n. 17024), la clausola di cui all'art. 16 del contratto di assicurazione presentava evidenti caratteri di vessatorietà, come tipizzati dal legislatore settoriale all'art. 33, comma 2, c. cons. Più specificamente, l'art. 16 del contratto di assicurazione presentava profili di vessatorietà a scapito del consumatore; posto che subordinava il pagamento dell'indennizzo al difficile compimento di un'attività del beneficiario (quali consegna di documentazione medica o concernente la successione del portatore di rischio); perché - ex art. 33, comma 2, lett. t), c. cons. - addossava al beneficiario l'onere di provare la morte del portatore di rischio e le cause di essa; ancora, perché - ex art. 33, comma 2, lett. l), c. cons. - la clausola particolarmente onerosa non era conosciuta dall'assicurato al momento della stipula. La compagnia assicuratrice ricorrente lamentava il mancato assolvimento dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c. gravante sul beneficiario, interessato alla pronuncia di nullità dell'art. 16 del contratto di assicurazione. La S.C. ha ritenuto infondata la doglianza del ricorrente, in quanto le clausole elencate dall'art. 33, comma 2, c. cons. sono assistite da una presunzione legale relativa, per cui ogni circostanza di diritto o in fatto finalizzata ad escludere l'abusività delle clausole deve essere specificamente provata dal professionista. Atteso che il contratto di assicurazione è un contratto predisposto unilateralmente dal professionista, preme chiarire che l'art. 34 c. cons. detta un presupposto necessario ai fini della valutazione della vessatorietà delle clausole: le quali non devono essere state oggetto di trattativa individuale; sono escluse quelle clausole che, seppure non siano state oggetto di trattativa, sono riprodotte di norme di legge o di disposizioni o che siano attuative dei principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contrarie tutti gli stati membri dell'UE o l'UE. La dottrina è divisa

relativamente all'interpretazione della locuzione “disposizioni di legge”, se possa essere intesa come sinonima di “diritto oggettivo” e quindi in grado di ricomprendere anche i regolamenti normativi o meno. In senso favorevole si registrano le opinioni di Barenghi, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli 1996, 28; Sirena, in Bianca - Busnelli (a cura di), *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore in Nuove leggi civ.*, 1997, 591 ss.; contra Bocchini, in *Condizioni generali e clausole vessatorie*, *Diritto privato*, 1996, in Fargiuele (a cura di), Padova, 1997, 781 ss.; Monticelli, *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, in Cesàro (a cura di), Padova, 1996, 435.

(16) Cass. 26 settembre 2008, n. 24262 e Cass. 20 agosto 2010, n. 18785.

(17) Dunque, è la mancata negoziazione isolata che vale a provocare l'attivazione della sanzione di nullità di protezione. Per cui la grave invalidità ben può trovare sede anche nei casi in cui il professionista faccia uso di contratti non predisposti da lui, ma da soggetti terzi. La dottrina più sensibile all'esperienza comunitaria, seguita anche dalla giurisprudenza di legittimità, ha rilevato opportunamente come la Dir. CEE/13/1993 consideri l'assenza della trattativa un presupposto per individuare il campo di applicazione della disciplina a tutela del consumatore, un *prius logico*, e non un semplice criterio di valutazione della vessatorietà. E. Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2010, 49; la cui interpretazione è confermata da Cass. 26 settembre 2008, n. 24262; Cass. 20 marzo 2010, n. 6802; Cass. 20 agosto 2010, n. 18785.

(18) Per alcuni il significativo squilibrio costituisce “unico, vero ed effettivo parametro al quale viene ancorato il giudizio di abusività”, Graziuso, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2010, 57.

In virtù della presunzione di cui all'art. 33, comma 2, c. cons., la sentenza in commento chiarisce che gli elementi costitutivi della vessatorietà della clausola, quali squilibrio giuridico e assenza di trattative, si considerano già provate. La presunzione legale relativa ha il solo effetto di ripartire diversamente l'onere probatorio ex art. 2697 c.c. Pertanto, il consumatore è dispensato dall'onere di provare lo squilibrio normativo e l'assenza di trattative; mentre, il professionista, al fine di liberarsi dalla presunzione relativa di vessatorietà, deve specificamente provare l'assenza dei due elementi costitutivi della vessatorietà ex art. 33, comma 2, c. cons.

A ben vedere, il significativo squilibrio cui fa riferimento l'art. 33 c. cons. attiene solo ai diritti e agli obblighi posti in capo alle parti in virtù del regolamento contrattuale. Lo squilibrio è, dunque, squisitamente giuridico - non economico - e ricorre ogni qualvolta vi sia sperequazione delle posizioni giuridiche a danno del consumatore (19). La valutazione del giudice deve avere ad oggetto esclusivamente l'equilibrio normativo tra le parti e non anche l'equilibrio economico per l'ovvia ragione che la congruità di sacrifici e vantaggi patrimoniali è rimessa esclusivamente all'autonomia negoziale delle parti. Sicché resta immutato il principio della libertà negoziale: assoluta libertà del predisponente (professionista) e dell'aderente (consumatore) nella determinazione del prezzo e delle prestazioni contrattuali in genere, senza pericolo di controlli successivi. In conclusione, il giudizio di vessatorietà non cade su valutazioni di convenienza dell'affare, né attiene all'oggetto del contratto, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro (art. 34, comma 2, c. cons.) (20).

Inoltre, lo squilibrio giuridico, secondo quanto descritto dall'art. 33, comma 1, c. cons., deve essere "significativo". Si delimita il campo d'indagine, per cui, ai fini del giudizio di vessatorietà, lo squilibrio è subordinato all'apprezzamento dell'effettivo grado quantitativo e qualitativo, di lesione degli interessi del consumatore. La clausola vessatoria rileva, inoltre, "malgrado la buona fede" del professionista.

In presenza degli elementi suesposti, la clausola presunta vessatoria è soggetta ad una particolare forma di nullità: nullità di protezione. L'art. 36, comma 1, c. cons. stabilisce che "le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto". La nullità di protezione è tutela individuale, operante a favore del consumatore contraente, e solo successiva, dunque operante una volta concluso il contratto.

Il legislatore, oltre alla tutela individuale e successiva, prevede anche rimedi collettivi e generali come l'inibitoria (ex art. 37 c. cons.), richiesta al Giudice Ordinario, di condizioni generali di contratto di cui sia accertata la vessatorietà e la tutela amministrativa (ex art. 37 bis c. cons., introdotto con D.L. 24 gennaio 2012, n. 1) che attribuisce il potere alla Autorità garante della concorrenza e del mercato di dichiarare, a seguito di istruttoria, la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra consumatore e professionista che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli o formulari (21).

L'art. 36 c. cons. è rubricato "nullità di protezione" (il codice di consumo mutua un'espressione di conio dottrinale (22)) e chiarisce che tale forma di

(19) Così Trib. Torino 22 settembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, I, 981. Sulla questione viene in rilievo l'insegnamento di Ludwig Raiser che, in tema di contratti standard, nel domandarsi se l'ammontare del corrispettivo svolga un ruolo nella decisione sull'abusività delle condizioni, l'autore dà per assodato il classico insegnamento che "non è compito del diritto vigente garantire il giusto prezzo" e "sindacare se prestazione e controprestazione abbiano un valore equivalente", poiché "la formazione dei prezzi è riservata alle leggi economiche del mercato". Raiser, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg, 1935, 289 ss.

(20) Benché lo squilibrio economico non sia rilevante ai fini del giudizio di vessatorietà e sia insindacabile, in alcuni casi acquista una diretta rilevanza: art. 33, comma 2, lett. f), c. cons. secondo la quale si presumono vessatorie le clausole che impongono al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente di importo manifestamente eccessivo; nonché la lettera o) che qualifica vessatoria la clausola che consente al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente

convenuto. E. Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2010, 71.

(21) Sussiste, dunque, complementarità tra *public* e *private enforcement* che si ispira alla normativa sulla concorrenza, oggi trova spazio anche nella disciplina delle clausole vessatorie. Pandolfini, *La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2012, 2, 48.

(22) La "nullità di protezione" - espressione adottata dal nostro legislatore per il rimedio di cui si tratta e coniata in dottrina per raggruppare sotto un'unica denominazione le ipotesi di privazione degli effetti del contratto a vantaggio della parte debole - ha sedotto negli ultimi anni la nostra dottrina. In materia, si possono citare le seguenti opere: Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 489 ss.; Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008; Pagliantini, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007; Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 285; Gentili, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in questa *Rivista*, 2003, 200 ss.; Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; Majello, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 329

Argomenti

I singoli contratti

invalidità è strumento di esclusiva tutela di una singola parte contrattuale: il consumatore.

La nullità di protezione è nullità necessariamente parziale (23), volta a tutelare il consumatore, infatti, se da un lato tale forma di invalidità incoraggia il consumatore a far valere le proprie ragioni senza incorrere nel rischio di perdere il bene o il servizio oggetto di negoziazione (24), dall'altro lato penalizza il professionista costretto ad adempiere quanto stabilito dal regolamento negoziale depurato della clausola a lui vantaggiosa. Tale nullità - ai sensi dell'art. 36, comma 3, c.c.- opera solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata tanto dal consumatore, quanto dal giudice *ex officio*.

Il potere del giudice di rilevare la nullità *ex officio*

A tal proposito, occorre ricordare che le SS.UU. n. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014, confermano il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto o delle singole clausole, anche nel giudizio di appello e in quello di Cassazione. Le citate Sezioni Unite hanno il merito di aver non solo affermato il potere del giudice di rilevare *ex officio* la nullità del

contratto in qualsiasi stato o grado del processo, ma di rilevarla anche nel caso in cui sia stata presentata domanda di esatto adempimento, annullamento, risoluzione o rescissione del contratto stesso. La rilevabilità d'ufficio della nullità, dunque, non soffre dei limiti di *extrapetizione* (25).

Più in particolare, le Sezioni Unite, sentenze 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243 (26), si pronunciano sull'obbligo officioso del giudice di rilevare la nullità negoziale, sia quella di diritto comune (1418 c.c.), sia quella di protezione. Posto l'obbligo del giudice di rilevare la nullità in ogni caso, le SS.UU. precisano che il giudice ha l'obbligo di dichiarare *ex officio* la sola nullità di diritto comune e non quella di protezione (27). Sicché, nel caso di nullità protettiva, il giudice può solo sollevare il contraddittorio tra le parti (rilevare) ma non certo dichiararla nel dispositivo, senza alcun sollecito del consumatore. In verità, appena due anni prima le Sezioni Unite (n. 14828/2012), pur avendo ampliato - seppur in minima parte - i poteri officiosi del giudice nel rilevare la nullità del contratto (anche in ipotesi in cui sia stata proposta azione giudiziale per fini diversi dalla declaratoria di nullità), avevano affermato che, in caso di

ss.; Polidori, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 931 ss.; Di Majo, *La nullità*, in *Il contratto in genere*, VII, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Bessone, Torino, 2002, 128 ss.; Putti, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002.

(23) Sussistono, dunque, due diverse forme di nullità parziale: quella solo eventuale *ex art.* 1419 c.c., retta esclusivamente dal principio di conservazione del negozio, e quella necessaria, la nullità di protezione, 36 c. cons., retta dall'esigenza di tutelare esclusivamente la parte debole. La necessaria parzialità della nullità induce il giurista a considerare come tale forma di invalidità non possa essere considerata più come categoria unitaria, né sotto il fondamento sostanziale: tutela di un interesse generale contrapposto a quello individuale dei contraenti, né sotto l'aspetto del trattamento giuridico: irrilevanza dell'atto nullo. Entrambi i dogmi che caratterizzavano la nullità sono stati incrinati dalla legislazione speciale, nonché dagli interventi legislativi ispirati alle direttive comunitarie che hanno moltiplicato le ipotesi di nullità cc.dd. speciali, ognuna retta da un peculiare statuto. Accanto al dogma della rilevanza dell'atto nullo, che impediva una gradazione di trattamento della nullità, anche la funzionalizzazione esclusiva alla tutela dell'interesse generale è smentita dal dato positivo. Si veda Scalsi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 490, rileva una frammentazione della categoria della nullità in una pluralità e molteplicità di modelli e corrispondenti statuti normativi, spesso eterogenei e distanti tra loro. Si veda anche la sentenza del Cons. Stato 20 dicembre 2004.

(24) La nullità di protezione è nullità parziale per necessità e ciò significa che non risponde ai principi di cui all'art. 1419, comma 1, c.c., tale forma speciale è diretta a soddisfare l'esigenza del consumatore la conservazione del contratto. Così Catricalà, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, 102.

(25) A ben vedere, già la sentenza SS.UU., 4 settembre 2012, n. 14828 (in questa *Rivista*, 2012, 869, con nota di Pagliantini, *La*

rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"?) ebbe modo di pronunciarsi sulla questione di rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto tanto nell'ipotesi di esatto adempimento, quanto in quella di risoluzione del contratto medesimo. Infatti, posta la indisponibilità della nullità e considerato che l'azione di risoluzione per inadempimento è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, la nullità del contratto si colloca come evento impeditivo di cui si impone una considerazione prioritaria rispetto alla vicenda estintiva della risoluzione. Le SS.UU., n. 26242 del 12 dicembre 2014, invece, statuiscano che il giudice chiamato a decidere sulla impugnazione di un contratto - a seguito di azione di adempimento, risoluzione, annullamento, rescissione, nullità per altro motivo o parziale - una volta "provocato il contraddittorio", deve "rilevare" ogni forma di nullità, anche di "protezione", e ha facoltà di "dichiarare" la stessa *incidenter tantum* in motivazione (salvo che non si tratti di nullità di "protezione"), rigettando per tale motivo l'impugnazione principale, "senza effetto di giudicato", sempreché in esito all'indicazione del giudice, non venga proposta la relativa domanda.

(26) Cfr. commento di Carbone, *'Porte aperte' delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, 1, 88.

(27) Infatti, le SS.UU., operano un *discrimen* tra nullità di diritto comune e nullità speciali: solo nel caso di nullità di diritto comune il giudice ha sempre il potere-dovere non solo di rilevare la nullità, ma anche di dichiararla, mentre nel caso di nullità di protezione il giudice dovrà soltanto rilevarla ma non anche dichiararla. A ben vedere, le nullità di protezione derogano al dettato di cui all'art. 1421 c.c., secondo cui la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, attribuendo invece la legittimazione a farla valere alla sola parte debole. Sul tema: Simeone, *Il controllo giudiziario delle clausole vessatorie*, in *Diritto dei consumatori*, diretto da Alpa - Catricalà, Bologna, 2016, 237 ss.

nullità di protezione, il rilievo della stessa è precluso al giudice, per essere rimesso alla sola volontà della parte debole (28). A ben vedere, la pronuncia delle Sezioni Unite (n. 14828/2012) stona con il disposto di cui all'art. 36 del cod. cons. (D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206) laddove al comma 3 espressamente prevede che “la nullità (di protezione) opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice”, nonché con quanto già espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, la quale conferma il potere officioso del giudice di rilevare la nullità di protezione nell'ottica di una maggiore tutela del consumatore, tutela a cui mirano le disposizioni delle direttive comunitarie (29).

Appare, dunque, curiosa la particolarissima forma di nullità necessariamente parziale posta a “vantaggio del consumatore”; sicché, se da un lato tale nullità è rilevabile d'ufficio (v. SS.UU. 2014, nn. 26242 e 26243), in ogni grado e stato di giudizio, dall'altro tale invalidità opera soltanto per proteggere gli interessi di un singolo consumatore. Sicché, il legislatore settoriale ha predisposto una sanzione “eccezionale” applicabile ogniqualvolta le parti abbiano esercitato la libertà contrattuale in modo difforme ai dettami generali di equità e buona fede, principi - questi - che trascendono i singolari interessi del consumatore. In quest'ottica, trova giustificazione la regola della rilevabilità d'ufficio della nullità di clausole.

Eterointegrazione del contratto

Si è rilevato che la speciale forma di nullità, operante nell'esclusivo interesse del consumatore, costituisce una particolare deroga al disposto di cui all'art. 1419, comma 1, c.c., laddove l'invalidità “di protezione” comminata a salvaguardia degli interessi individuali del consumatore colpisce necessariamente quella parte dell'accordo in cui si sia sostanziato l'abuso di forza contrattuale del professionista, e, pertanto, non si ha alcuna propagazione dell'invalidità all'intero rapporto, a prescindere dal fatto che la clausola nulla fosse stata o meno considerata essenziale dai paciscenti (30). A ben vedere, come si avrà modo di affrontare nel prosieguo, il problema della vessatorietà della clausola non riguarda solo un ambito soggettivo del contratto (professionista-consumatore), ma anche un ambito oggettivo dello stesso (mancata trattativa). È vero che, se da un lato, il nostro legislatore ammette lo speciale potere di autonomia di predisporre unilateralmente le condizioni generali di contratto (31); dall'altro lato, prevede la speciale sanzione di nullità (di protezione), operante nel caso in cui il privato abbia unilateralmente predisposto le condizioni generali di contratto per il solo scopo di conseguire un vantaggio a danno dell'aderente-consumatore (nonché a danno di altri concorrenti e, più in generale, del mercato): tale condotta negoziale deve considerarsi “abusiva” (32). In particolare, l'abuso della libertà

(28) Secondo le SS.UU. (sentenze 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243) anche nel caso di nullità di diritto comune non è dovere del giudice, sempre e comunque, di dichiarare la nullità, dovendolo fare invece solo quando tale declaratoria risponda ai dettami di economia processuale: la nullità non solo può essere dichiarata in ogni stato e grado del processo, ma può essere rilevata anche nel caso in cui sia stata presentata domanda di esatto adempimento, annullamento, risoluzione o rescissione del contratto stesso; la ragione di tale pronuncia risiede nel fatto di impedire che il contratto invalido costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o, comunque, l'efficacia.

(29) Cfr. Corte di Giustizia UE 14 giugno 2012, C-618/10, dove si riconosce il potere del giudice di rilevare d'ufficio, *in limine litis*, la natura abusiva di una clausola, in relazione ad una domanda di ingiunzione, prima dell'opposizione del consumatore; analogamente Corte di Giustizia UE 4 giugno 2009, C-243/08 (in questa *Rivista*, 2009, 850 ss., cfr. anche A. Pistilli, *L'inderogabilità del foro del consumatore e vessatorietà delle clausole difformi*, in questa *Rivista*, 2013, 12, 1168 ss.) che sempre in tema di rilievo officioso delle clausole vessatorie inserite dai professionisti nei contratti con i consumatori, ha stabilito che il giudice deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga, qualificando sostanzialmente in termini di dovere l'accertamento officioso del giudice circa il carattere eventualmente abusivo delle clausole contenute in siffatti contratti, sia pure con il

limite, ostativo alla disapplicazione, dell'opposizione del consumatore.

(30) La nullità, preordinata alle ragioni della parte debole, non può che travolgere il vincolo contrattuale quando, per esempio, dipende dal mancato rispetto della forma *ad substantiam*. In quest'ambito il recupero del valore impegnativo del vincolo, ove funzionale alla migliore attuazione dell'interesse protetto, passa attraverso strade differenti dalla parzialità necessaria. Si pensi alla convalida, oppure alla previsione che fa salvo il diritto al corrispettivo dovuto al subfornitore per l'opera prestata. Si veda in tema: Polidori, *Forme legali poste a tutela dei consumatori: funzioni e discipline*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 121 ss.

(31) La ragione del potere di predisporre ed usare unilateralmente le condizioni generali di contratto non può che individuarsi nei vantaggi (in termini di razionalizzazione dell'attività imprenditoriale) per l'impresa con conseguente effetto positivo per l'intero mercato e per gli stessi consumatori. Cfr. sul punto: Buonocore, *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, cit., 15 ss.

(32) Si precisa, però, che l'abuso della libertà contrattuale non risiede solo nella deroga unilaterale al diritto dispositivo, ma è necessario anche tenere presente la funzione che svolge il principio di buona fede, occorre - insomma - accertare se lo squilibrio contrattuale a danno dei consumatori risponda ad un sotteso interesse “meritevole di tutela” (ex art. 1322, comma 2, c.c.). l'interesse è indubbiamente immeritevole di tutela se lo svantaggio del consumatore risponda ad un indebito approfittamento da parte del predisponente della posizione di maggiore forza contrattuale.

Argomenti

I singoli contratti

contrattuale si manifesta in una unilaterale deroga (attraverso la predisposizione delle condizioni generali di contratto) al diritto dispositivo volta a minarne la funzione: collocare equamente il rischio contrattuale con finalità di salvaguardare gli interessi dei soggetti e preservare il mercato (33). L'unilaterale deroga al diritto dispositivo comporta nullità di protezione. Si badi, non si è in presenza di una trasformazione del diritto "dispositivo" in diritto "cogente", per cui la nullità non avviene per contrasto a norme imperative: il contratto non è illegale, il contratto è illecito perché contrastante i principi di ordine pubblico economico (34).

Sicché, differentemente dalla assoluta inderogabilità alla norma imperativa, la derogabilità al diritto dispositivo è solo relativa: è ammissibile nel solo caso in cui sia disposta bilateralmente dalle parti, in quanto "le

parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto" (1322 c.c.), il problema della nullità "di protezione" si pone nel solo caso di deroga unilaterale al diritto dispositivo, deroga attuata dal professionista in sede di unilaterale determinazione del contenuto contrattuale (35).

Ancora, ulteriore problema relativo alla nullità di protezione (necessariamente parziale) attiene alla conseguente eterointegrazione (36) del negozio, privo della clausola vessatoria colpita dalla nullità, da fonti legislative, nonché da fonti diverse dalla legge (37).

Tradizionalmente, si distinguono due forme di integrazione: integrazione suppletiva ed integrazione cogente. Si ritiene che, mentre l'integrazione suppletiva completa il manufatto contrattuale attraverso il diritto dispositivo, il fenomeno dell'integrazione cogente trova attivazione in presenza di norme

(33) Di Marzio, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 699 ss.

(34) Il concetto di ordine pubblico economico trova le proprie origini nella letteratura francese degli anni Trenta del secolo scorso [inventore della formula è Ripert, il quale la utilizza nel saggio *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Etudes Gény*, t. II, Paris, 1934, 347 e ss.] che ne mette in luce l'autonomia e la distanza dal più generale concetto di ordine pubblico, proprio del Code civil [sul punto si veda Farjat, *L'ordre public économique*, Paris 1963, saggio recensito da Ferri, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. dir. comm.*, 1963]. E sempre alla dottrina francese si deve la distinzione tra "ordine pubblico di direzione" e un "ordine pubblico di protezione": il primo attinente alla normativa sulla concorrenza, sul corretto funzionamento del mercato, sul regime di circolazione dei beni; il secondo relativo invece alla protezione della parte economicamente più debole dall'imposizione di condizioni contrattuali [sulla distinzione si veda P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 2002, 198 ss.]. la distinzione tra i diversi ordini pubblici consta in una differente disciplina: mentre la contrarietà dei contratti ai principi di ordine pubblico di direzione comporta la nullità assoluta del contratto, la violazione del contratto all'ordine pubblico economico di protezione comporta la nullità di protezione (nullità relativa, con legittimazione relativa ad agire riservata al contraente c.d. protetto, e con mantenimento in vita del contratto dopo la caducazione del suo contenuto illecito).

(35) La *ratio* della normativa sulle clausole abusive si rintraccia non tanto nel mutamento del diritto dispositivo in diritto cogente quanto piuttosto di reprimere il possibile abuso che può conseguire all'esercizio unilaterale del potere di deroga ad esso (ossia al diritto dispositivo). "abuso" che non consiste nella deroga in sé al diritto (proprio perché per sua natura si tratta di un diritto derogabile), ma risiede piuttosto nel "vizio" che affetta nella specie l'esercizio del potere (eccezionale) di derogare in via unilaterale al diritto dispositivo, quando tale esercizio si traduca nella imposizione a controparte di un regolamento "squilibrato". Il rimedio all'abuso potrebbe allora ravvisarsi non tanto nella cancellazione della clausola che produce lo squilibrio, quanto piuttosto nella eliminazione da essa di quell'eccesso che ne determina la vessatorietà. Così D'Amico, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo in Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, di Pagliantini - D'Amico, Torino 2015, 45 ss.

(36) La tematica dell'integrazione del contratto costituisce uno dei temi più "caldi" del diritto contrattuale. Particolare è stata la discussione sull'art. 1339 c.c. che, successivamente all'entrata in

vigore del codice del codice civile, ha visto interpretazioni critiche in Rubino, *Libertà contrattuale ed inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, 530 ss. (che, addirittura, giungeva a chiedere in modo esplicito l'abrogazione della norma); Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, XII-XIII. Il dibattito di quegli anni è stato chiaramente testimoniato da Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1967, 32 ss. Tra gli studi, in tema di integrazione del contratto, si registrano Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, *passim*; Gazzoni, *Equità ed autonomia privata*, Milano 1970; Franzoni, *Degli effetti del contratto. II, integrazione del contratto e i suoi effetti reali ed obbligatori*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano 1999, 3 ss.; Scognamiglio, *L'integrazione in Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, Torino, 2006.

(37) A breve si farà riferimento all'integrazione giudiziale. Anche se non appare questa la sede, occorre soffermarsi, seppur brevemente, sulla diffusa integrazione del contratto da parte dei provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti. Vengono, in tale sede, in rilievo i fenomeni di regolazione del mercato da parte di organismi indipendenti, operanti in contesti economici sensibili e strategici nella prospettiva di un miglior perseguimento della pubblica utilità. Ebbene, l'attività normativa delle autorità amministrative indipendenti si manifesta anche attraverso prescrizioni vincolanti in ordine ai contratti che l'impresa operante nel settore regolato stipula con l'utenza finale. In un'ottica di *favor consumatoris*, [si veda, tra le più recenti pronunce, Cass., Sez. VI-3, 2 febbraio 2016, n. 1906, in questa *Rivista*, 2016, 11, 999 e ss.] le autorità di settore (nello specifico le autorità di regolazione), nel corso degli anni, hanno emanato delibere vincolanti, in materia contrattuale, tali da definire in modo rilevante il contenuto del contratto di utenza, l'intervento delle *Authorities* si spiega per il fatto, che a seguito di una totale apertura al libero mercato, è risultato necessario rendere inderogabile in *pejus* disposizioni volte a salvaguardare gli interessi del contraente debole e, dunque, a preservare il buon funzionamento del mercato concorrenziale. Sull'argomento, si vedano: Angelone, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, 18; Foà, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, Torino, 1999, 42-51; V. Ricciuto, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, 971. Si veda anche F. Ziccardi, *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 108 ss.; C. Scognamiglio, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli II, Torino, 1999, 1019 ss.

imperative, ossia di norme aventi funzione “conformativa” (38).

Secondo l'impostazione classica, l'integrazione cogente pu  realizzarsi solo attraverso le norme imperative, si tratterebbe (arg. ex artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.) di integrazione “correttiva”, in quanto integra il contratto, secondo un sistema di mera chirurgia negoziale, con regole che sostituiscono pattuizioni convenzionali difformi, come tali dichiarate nulle. In considerazione di ci , l'integrazione cogente impone la sola norma imperativa: l'unica a non poter essere derogata da una diversa volont  delle parti; sarebbe, invece, opinabile l'imposizione di una norma dispositiva in vista di una diversa volont  delle parti. Infatti, tradizionalmente il diritto dispositivo   sempre stato considerato un “diritto derogabile dall'autonomia privata”, sicch  non sarebbe configurabile la possibilit  di sostituire la volont  delle parti con una norma dispositiva, di per s  derogabile dall'autonomia negoziale dei privati (39). Si   appena precisato, per , che il diritto dispositivo, in un'ottica evolutiva, ha assunto il ruolo di collocare equamente il rischio contrattuale con finalit  di salvaguardare gli interessi

dei soggetti e preservare il mercato. Pertanto, se da un lato pu  essere derogato dalle parti, dall'altro lato non pu  essere derogato unilateralmente dal solo predisponente per conseguire un vantaggio a scapito dell'aderente (40), la conseguenza di tale deroga   la nullit  di protezione.

Attesa, dunque, la nullit  della clausola predisposta unilateralmente dal professionista, volta a derogare il diritto dispositivo e volta a creare un “significativo squilibrio” giuridico tra le parti, occorre soffermarsi sul problema della possibile forza integratrice negoziale della norma dispositiva indebitamente derogata, inoltre occorre chiedersi se vi sia esclusiva integrazione legale o se, invece, siano ipotizzabili anche altri meccanismi di integrazione, in particolare l'integrazione. A ben vedere, la questione relativa all'integrazione del contratto, divenuto vacante a seguito della dichiarazione di nullit  di una o pi  clausole vessatorie,   stata affrontata dalla corte di giustizia dell'Unione europea in due importanti pronunce: Corte di Giustizia UE 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Espanol de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino* (41); Corte di giustizia

(38) Si veda Roppo, *Il contratto in Trattato di diritto privato* Iudica e Zatti, Milano 2001, 500 ss., il quale distingue nell'ambito delle norme “imperative” quelle aventi funzione meramente proibitiva, alla cui violazione consegue la caducazione dell'intero contratto (si che non si pone pi  alcun problema dell'integrazione), dalle norme con funzione conformativa, differenziando queste ultime a seconda che esse realizzino l'integrazione del contratto (che, in tale ipotesi, resta in vita, determinando la violazione della norma imperativa una nullit  solo parziale) in modo diretto o in modo indiretto. L'integrazione conformativa avverrebbe in modo indiretto quando la norma da un lato vieta il contenuto contrattuale, dall'altro lato non pone alcun contenuto alternativo, sicch  la norma rende nulla la clausola senza, per , sostituire la clausola invalida con altra regola che disciplini in modo diverso il contenuto colpito da nullit . L'integrazione conformativa avviene, invece, in modo indiretto quando la norma imperativa conforma il regolamento contrattuale non con la sola cancellazione della clausola invalida, bensì modificando la clausola invalida nel suo contenuto.

(39) Cos  D'Amico, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in *Nullit  per abuso ed integrazione del contratto*, cit., 2015, 39. Sulla natura e l'evoluzione del concetto di diritto dispositivo si veda D'Amico, *L'abuso di autonomia contrattuale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 625 ss.

(40) La dottrina civilistica degli anni Sessanta e Settanta, prendendo maggiore consapevolezza della forte relazione che lega l'autonomia contrattuale al fenomeno del mercato, iniziava ad interpretare, secondo una direzione maggiormente evolutiva, il ruolo e la funzione del diritto dispositivo. Pi  specificamente, la dottrina, in presenza del crescente fenomeno della deroga al diritto dispositivo effettuato dalle imprese mediante l'uso delle condizioni generali di contratto, ipotizzava la nullit  di tali deroghe per l'aperto contrasto all'ordine pubblico economico. Insomma, ebbe rilievo il problema di costruire una tutela sostanziale del contraente debole e non pi  solo meramente formale (come quella assicurata dalla disciplina del comma 2 dell'art. 1341 c.c.) [cos : D'Amico, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in *Nullit  per abuso ed integrazione*

del contratto, cit., 39]; sicch  la settoriale disciplina dei contratti dei consumatori ebbe il merito di aver apprestato particolare tutela sostanziale al consumatore contro le clausole vessatorie, in tale ottica il diritto dispositivo   posto a tutela dell'ordine pubblico economico e, come tale, la deroga o la violazione a tale diritto comporta la nullit  del contenuto contrattuale, una particolare forma di invalidit  non prospettata in passato, posto che la nullit  veniva considerata come sanzione dell'ordinamento nel solo caso di violazione del contratto a norme imperative. Si precisa, inoltre, che la derogabilit  al diritto dispositivo   ammissibile nel solo caso in cui tale deroga sia disposta bilateralmente dalle parti, in quanto “le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto” (1322 c.c.), il problema della nullit  “di protezione” si pone esclusivamente in caso di deroga unilaterale al diritto dispositivo, deroga attuata dal professionista in sede di unilaterale determinazione del contenuto contrattuale. La *ratio* della normativa sulle clausole abusive si rintraccia non tanto nel mutamento del diritto dispositivo in diritto cogente quanto piuttosto di reprimere il possibile abuso che pu  conseguire all'esercizio unilaterale del potere di deroga ad esso (ossia al diritto dispositivo). “Abuso” che non consiste nella deroga in s  al diritto (proprio perch  - per sua natura - si tratta di un diritto derogabile), ma risiede piuttosto nel “vizio” che affetta nella specie l'esercizio del potere (eccezionale) di derogare in via unilaterale al diritto dispositivo, quando tale esercizio si traduca nella imposizione a controparte di un regolamento “squilibrato”. Il rimedio all'abuso potrebbe allora ravvisarsi non tanto nella cancellazione della clausola che produce lo squilibrio, quanto piuttosto nella eliminazione da essa di quell'eccesso che ne determina la vessatoriet . Cos  D'Amico, *op. ult. cit.*, 45 ss.

(41) Sentenza pubblicata in questa *Rivista*, 2013, 16 ss., con nota di D'Adda, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”: nullit  parziale necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto* (sulla medesima sentenza si sofferma ampiamente anche il contributo di Pagliantini, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segementarsi dei rimedi*, in questa *Rivista*, 2013, 406 s.).

UE, 30 maggio 2013, C 488/11, *Asbeek Brusse c. Jahani BV* (42). I giudici di Lussemburgo hanno escluso la possibilità di procedere ad integrazione giudiziale del contratto (43); occorre d'altro canto, però, indagare su una possibile integrazione del contratto da parte del diritto dispositivo. *In prima facie*, appare possibile una integrazione cogente del contratto attraverso il diritto dispositivo; parte della dottrina ammette la possibilità di tale meccanismo di integrazione è soddisfatta dal disposto di cui all'art. 1374 c.c. (44) con la conseguenza di integrare il "vuoto contrattuale" attraverso il diritto dispositivo, chiamato a svolgere una funzione correttiva, e non solo suppletiva, dell'autonomia negoziale. Si badi, il diritto dispositivo non si "impone" all'autonomia negoziale delle parti, ma si atteggia da regolamento complementare (45) che "si inserisce

(nel contratto) per non lasciare scoperto un aspetto del rapporto ritenuto meritevole di considerazione (e di disciplina), e sul presupposto che l'autonomia privata (del contraente che ha predisposto il regolamento negoziale) non sia stata in grado di formulare una disciplina alternativa che potesse aspirare ad essere considerata come meritevole di tutela" (46).

Tipicità ed atipicità delle clausole vessatorie ex art. 33 c. cons.

La S.C. (Sez. III, 20 agosto 2015, n. 17024) opera un *discrimen* tra clausole vessatorie "atipiche" cui fa riferimento l'art. 33, comma 1, c. cons. e clausole vessatorie "tipiche" specificamente elencate all'art. 33, comma 2, c. cons.

(42) Su cui si veda il contributo di Alessi, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le Joros e Asbeek Brusse*, in *www.juscivile.it*, 2013, 7, spec. 400 ss. Il caso deciso dalla Corte di Giustizia UE 14 giugno 2012 (C-618/10, *Banco Espanol de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*) riguardava la ritenuta vessatorietà di una clausola contrattuale che (in un contratto di mutuo) fissava nel 29% il tasso degli interessi moratori (a fronte di un tasso legale pari, in quel momento, al 9%). Ebbene, il giudice spagnolo aveva dichiarato la nullità di detta clausola e rideterminato il tasso d'interesse "equo" nella misura del 19%, in applicazione dell'art. 83 del R.D.Lgs. n. 1/2007 (*Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*) che dispone, non solo la nullità delle clausole vessatorie, ma che "la parte del contratto colpita da nullità è integrata conformemente all'art. 1258 del codice civile e al principio di buona fede oggettiva...". Ai giudici di Lussemburgo veniva posta dal giudice remittente la questione della compatibilità di tale norma con la direttiva europea in materia di clausole vessatorie, questione risolta dalla Corte di giustizia con la statuizione secondo cui "L'art. 6, par. 1, della direttiva 93/2013 deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro... che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola". Tale principio è stato ribadito nuovamente dalla Corte di Giustizia UE 30 maggio 2013, C 488/11, *Asbeek Brusse c. Jahani BV*. Nella specie era stato chiesto alla Corte di giustizia di stabilire la compatibilità col diritto europeo di una norma del codice olandese che consentiva al giudice di ridurre equitativamente l'importo di una clausola penale manifestatamente eccessiva. I giudici di Lussemburgo rispondono ribadendo che "l'art. 6, par. 1, della direttiva 93/2013 deve essere interpretato nel senso che non consente al giudice nazionale, qualora quest'ultimo abbia accertato il carattere abusivo di una clausola penale in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di limitarsi, come lo autorizza il diritto nazionale, a ridurre l'importo della penale imposta da tale clausola a carico del consumatore, ma gli impone la pure e semplice disapplicazione di siffatta clausola nei confronti del consumatore".

(43) L'integrazione giudiziale è secondo l'art. 1374 c.c. subordinata all'assenza di legge. Ciò significa che se una norma dispositiva è presente, dovrà fungere essa da fonte di integrazione del contratto, e non già l'equità, salvo che il legislatore non ponga una norma di integrazione speciale che, invertendo la gerarchia designata dall'art. 1374 c.c., consenta di invertire questo ordine. Ancora, in più disposizioni la legge permette al giudice di integrare il contratto secondo equità, quest'ultimo è chiamato a svolgere

delicatisime funzioni, quali: riduzione della penale eccessiva (1384 c.c.); riconduzione ad equità della prestazione divenuta eccessivamente onerosa nei contratti con obbligazione di una sola parte (1468 c.c.); vi sono inoltre diverse fattispecie in cui è rimessa all'equità giudiziale la possibilità di "correggere" determinazioni pattizie che risultino inique. Ma la necessità e la tassatività di previsioni espresse sembra confermare l'inesistenza di un generale potere equitativo del giudice di correggere il regolamento negoziale, che trovi fondamento e legittimazione nell'art. 1374 c.c.

(44) Così D'Amico, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo in Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., 63. Di avviso differente A. D'Adda, *La correzione del contratto abusivo: regole dispositive in funzione conformativa ovvero una nuova stagione di equità giudiziale?*, in Bellavista-Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano 2011, 384, il quale non considera, peraltro, una interpretazione "evolutiva" dell'art. 1374 c.c.

(45) Per richiamare la terminologia (regolamento di default) usata da Scalisi, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 459.

(46) Così: D'Amico, *op. ult. cit.*, 67. Secondo l'A. è possibile affermare la possibilità di una integrazione "cogente" del contratto attraverso il diritto dispositivo, e si pone a fondamento di tale meccanismo l'art. 1374 c.c., interpretato in una direzione evolutiva, in virtù della quale si è delineata una deroga abusiva del diritto dispositivo, e di una nullità della clausola che realizza che tale deroga, con la conseguenza di prospettare la possibilità di integrare la lacuna sopravvenuta attraverso il diritto dispositivo, il quale è chiamato così a svolgere una funzione correttiva dell'autonomia privata. Il D'Amico ammette, insomma, che il diritto dispositivo sia diventato fonte (e materia) dell'integrazione cogente del contratto, nei casi in cui la deroga ad esso si da considerarsi abusiva, ossia nel caso in cui si ponga come una deroga unilaterale effettuata dal professionista senza alcuna possibilità - per il consumatore - di negoziare. In considerazione del fatto che il diritto dispositivo si atteggia quale regolamento di *default* che si inserisce al solo fine di completare un regolamento menomato dalle clausole vessatorie, risulta necessario tracciare una netta differenza tra inserzione nel contratto del diritto dispositivo ed inserimento delle norme imperative secondo il tradizionale meccanismo di cui all'art. 1339 c.c. che comporta una integrazione cogente realizzabile anche contro la volontà delle parti. Secondo il D'Amico solo quest'ultima ipotesi dà luogo al fenomeno di conformazione nel senso pieno del termine, mentre la prima ipotesi costituisce una conformazione in senso debole.

Le singole clausole elencate nel secondo comma dell'art. 33 del codice di consumo sono oggetto di una valutazione *ex ante* effettuata dal legislatore che, dopo aver dettato i criteri ed i caratteri propri della clausola vessatoria, individua quelle ritenute lesive degli interessi del consumatore.

Individuate le clausole abusive tipiche,   necessario indagare sull'ammissibilit  ed esistenza di eventuali clausole atipiche (47).

Prima di procedere ad un'analisi delle fattispecie, si rendono necessarie alcune premesse.

Iniziamo dall'accordo, la combinazione di volont , quale reciproco consenso delle parti (48), che vuole formarsi e concludersi con atto di accoglimento dell'altrui iniziativa negoziale. L'idea dell'accordo induce a pensare ad un'attivit  dialettica svolta tra le parti interessate, ossia ad un confronto che consuma l'autonomia negoziale delle parti. Esistono, per , cc.dd. "contratti senza accordo (49)", in cui una delle parti non esercita pienamente la libert  negoziale, ma si presta esclusivamente ad aderire al programma negoziale unilateralmente predisposto dal proponente (50).   stato osservato, infatti, un progressivo allontanamento dagli schemi tradizionali dell'istituto del contratto che, attualmente si presenta "spogliato di molti dei suoi connotati di volontariet  e visto essenzialmente nella sua funzione oggettiva, nello scambio contrattuale,

sindacabile alla stregua dei criteri di buona fede nella formazione, nell'interpretazione e nella esecuzione del contratto" (51). In tali casi, sussiste serio pericolo che l'aderente possa vincolarsi a condizioni contrattuali particolarmente onerose in cui si perpetra l'abuso di autonomia negoziale da parte del predisponente.

In tale prospettiva, l'abuso di autonomia negoziale   strettamente connesso al fenomeno della vessatoriet  delle clausole contenute nei contratti dei consumatori; per cui il professionista fa cattivo uso della propria libert  negoziale ogniqualvolta il programma contrattuale risulti essere pregiudizievole per il consumatore (52).

Questa prospettiva   avvalorata dalla stretta connessione tra mercato e contratto (53). Il mercato   luogo - anche non fisico - in cui i soggetti sono liberi di scambiare tra loro beni o altre utilit , il contratto istituzionalizza lo scambio (54); il contratto si presenta come traduzione giuridica dello scambio economico (55),   - quindi - strumento di scambio nel mercato.

In quest'ottica, si assiste ad un passaggio da una teoria generale del negozio giuridico, il che presuppone la singola e determinata parte contrattuale, ad una economia (quella contemporanea) che conosce anonimi consumatori (56). In questi termini, il contratto si spersonalizza e si massifica, sicch  la tutela dell'autonomia privata non pu  pi  trovarsi nel negozio

(47) Vasta   la letteratura relativa alle cc.dd. "clausole vessatorie atipiche", si veda in particolare: M. Bianca, *op. cit.*, 382; Bin, *Clausole vessatorie: una svolta storica*, in *Contr. Impresa/ Eur.*, 1996, 3 ss.; Barengi, in *Diritto Privato Europeo*, Lipari (a cura di), II, 630; Sirena, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, *Comm. Schlesinger*, 207; Di Majo, *I contratti bancari e finanziari dopo la legge sulle clausole vessatorie*, in Ruffolo (a cura di), *Clausole "vessatorie" e "abusive"*, Milano, 1997, 241.

(48) Bianca, *Il contratto*, vol. III, *Diritto civile*, II ed. Milano, 2000, 3.

(49) Cosi Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss. Si registrano posizioni critiche in Bianca, *op. ult. cit.*, 43-44, il quale sostiene che anche nello scambio di massa si incontrano offerta e accettazione, e in Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525 ss.

(50) Scognamiglio, *Dei Contratti in generale artt. 1321- 1352, Commentario del Codice Civile* in Scialoja Branca (a cura di), *sub art. 1341*, Bologna-Roma, 1970, 242 ss.

(51) Cosi Galgano, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 926.

(52) D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, VI, 625 ss.

(53) Pi  sistemtica la lettura di Roppo, *Il contratto*, Bologna, 1977, 10 ss.) che distingue il *contratto-operazione economica*, che bene pone in luce i significati e le implicazioni economiche dell'attivit  contrattuale, dal *contratto-concetto giuridico*, fondativo, sul piano logico-sistematico, della categoria generale del negozio giuridico. Un *topos* della cultura civilistica pone in rapporto dialogico mercato e contratto sia nella prospettiva di appartenenza - nel senso che "la disciplina

giuridica ... costituisce essa stessa elemento della struttura economica" nel senso del reciproco dispiegarsi di modelli funzionali e organizzativi preordinati a regolare meccanismi allocativi e distributivi. In merito si veda Rescigno, *La istituzione giudiziaria e l'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, 86 ss.; Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, 1, Milano, 1959, 47.

(54) Sul problema del rapporto tra autonomia privata, contratto ed operazione economica, E. Gabrielli, *"Operazione economica" e teoria del contratto. Studi*, Milano, 2013, 61 ss.   agevole comprendere che "il contratto, alleato dell'autonomia, si allea al mercato - anzi fiorisce se fiorisce il mercato -. Il mercato a sua volta garantisce razionalit  allo scambio"; R. Sacco, *Il Contratto*, in *Trattato di Diritto Civile Sacco* (diretto da), Tomo I, Torino, 2004, 19.

(55) Il contratto   lo strumento che assicura la soddisfazione degli interessi che ne sono alla base, sostituendo una loro composizione definitiva e vincolante alla mutevole volont  dei soggetti agenti. Belvedere, *Le dinamiche del contratto-mercato*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso: Contratto e Mercato*, II, Milano, 2013, 237 ss.; Alpa, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 115, ancora, osserva che un mercato pu  esistere quando vi siano scambi giuridicamente regolati.

(56) Se per "spersonalizzazione" del rapporto s'intende la mancata "personalizzazione" del contenuto del singolo contratto,   evidente (allora) la sua necessit  (ed inevitabilit ) a regolare un numero indefinito di rapporti tra il produttore di beni e l'elevatissimo numero di clienti, con il ricorso alle condizioni generali di contratto (1341 c.c.) e all'adozione di moduli o formulari (1342 c.c.); cfr. Belvedere, *op. ult. cit.*, 241.

Argomenti

I singoli contratti

giuridico, quanto nella disciplina mercato (57). Il contratto, dunque, rappresenta un “elemento ontologico del mercato e, al tempo stesso, concorre alla sua regolamentazione” (58).

Ancora, l'arena del mercato - siccome si presenta come luogo di conflitti tra soggetti aventi interessi contrapposti - necessita di una “disciplina volta alla composizione dei diversi interessi: quelli dell'impresa, dei consumatori e degli utenti; quelli collettivi al buon funzionamento e al pluralismo del mercato, unitamente a quegli interessi strettamente legati alla dignità dell'uomo” (59).

In quest'ottica e in relazione al difficile esplicitarsi dell'autonomia privata dei consumatori all'interno del mercato, assume importante funzione, come si è già accennato, il diritto dispositivo, chiamato a collocare equamente il rischio contrattuale con finalità di salvaguardare gli interessi dei soggetti e preservare il mercato (60).

Si ritiene, generalmente, ammissibile la deroga alle norme che distribuiscono il rischio contrattuale, sempre che la diversa distribuzione non vada ingiustamente a ledere poteri di

autodeterminazione e gestione della sfera patrimoniale altrui (61).

Vi sono norme, però, che se disattese, ledono la generale esigenza di giustizia sostanziale che informa criteri di equità del rischio contrattuale: ebbene, la deroga distrae tali norme dal compito cui sono chiamate ad assolvere.

Ecco che appare opportuno riconoscere, accanto alle norme imperative, l'esistenza di norme dispositive che, effettuando giusta allocazione del rischio contrattuale, rispondano ai dettami dell'ordine pubblico economico di protezione della parte debole dall'imposizione di condizioni contrattuali inique (62).

Ancora, appare chiaro che accanto alla nullità di diritto comune dei contratti, generalmente operante ogniqualvolta il voluto contrasti una norma imperativa, sussista una particolare forma di nullità che segue uno statuto speciale, quello comunitario, operante quando il negozio contrasti anche una norma dispositiva di ordine pubblico economico di protezione (63).

Se da un lato si desidera che il contratto sia sinonimo di giustizia (64), dall'altro lato si dovrà fare,

(57) Così Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss., in particolare 359. Nel tempo si è assistito al declino della concezione ottocentesca del negozio giuridico, si è assistito alla progressiva erosione della teoria volontaristica. Ebbene se in precedenza al centro dell'autonomia negoziale vi era il soggetto in rapporto con gli altri, ora è presente il consumatore in rapporto coi beni. Sulla disgregazione della dottrina classica del contratto si veda Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, 1974.

(58) L'insegnamento circa il nesso sussistente tra contratto e mercato ci è dato da Perlingieri in *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso: Contratto e Mercato*, II, Milano, 2013, 275 ss., Id., *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, 326 ss. Ancora, si veda anche Ferri, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Le anamorfose del diritto civile attuale: saggi*, Padova, 1994, 284 ss.

(59) Perlingieri, *op. cit.*, 278.

(60) Si riporta in questa nota una ulteriore precisazione: il contratto è la principale manifestazione dell'autonomia privata. Si è di fronte ad un ordinamento fondato sul mercato [Di Majo, *L'accordo*, in *Lezioni sul contratto*, raccolte da Orestano, Torino, 2009, 1]. La concorrenza è, infatti, la veste indossata da più iniziative economiche. Senza concorrenza non può esistere contratto, né risulta possibile decidere delle regole: solo all'interno di un mercato concorrenziale possono svolgersi corretti rapporti di scambio. La concorrenza è “statuto normativo” dell'iniziativa privata e del mercato che accoglie il contratto [Irti, *La concorrenza come statuto normativo*, in Lipari - Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Bari, 2000, *passim*]. È chiaro, dunque, che la concorrenza è principio che protegge l'uguale libertà di iniziativa economica di ciascuno e (al contempo) che giova alla prosperità collettiva. Al fine di creare un mercato in cui vi sia libera concorrenza, inevitabilmente, l'autonomia negoziale soffrirà di alcune limitazioni volte a garantire eguaglianza tra le diverse libertà contrattuali esercitate. La necessaria limitazione della libertà contrattuale in nome di una eguaglianza tra le individuali libertà economica e di una, più generale, giustizia sociale risulta posta a

fondamento di principi di ordine pubblico economico e di protezione.

(61) Lo squilibrio è di natura eminentemente normativa, lo dimostra il *par. 307 BGB* che delinea i caratteri propri della vessazione consistenti nella deroga alla disposizione di legge e nella frustrazione dello scopo del contratto derivante dalla limitazione dei diritti e degli obblighi contrattuali; Calvo, *op. ult. cit.*, 22 ss.

(62) Di Marzio, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, cit., 699 ss.

(63) La disciplina delle clausole vessatorie è volta a tutelare la posizione del consumatore e rinvia al più ampio concetto di *ordre public de protection* dell'ordinamento francese al quale è legato il rimedio della *nullité relative*, tradizionalmente rimedio a tutela della parte debole. È da notare che nell'ordinamento francese, là dove si è coniata l'espressione di ordine pubblico di protezione, cui si riconducono discipline dirette a tutelare interessi di rango individuale mentre l'interesse generale è perseguito dalle discipline di ordine pubblico di direzione, la contrarietà all'ordine pubblico di protezione è sanzionata con la *nullité relative*, a grandi linee corrispondente alla nostra annullabilità. Per lo studio della materia avevo fatto principale riferimento a M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Paris, 2002, 248 ss. Ci si può interrogare se la distinzione tra *ordre public de direction* la cui violazione porta alla *nullité absolue* e *ordre public de protection* la cui violazione procura una *nullité relative* sia messa in crisi dalle pronunce della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia UE 4 ottobre 2007) che assegnano il visto ruolo di assoluto ed indispensabile rilievo alla posizione del giudice che deve intervenire d'ufficio a tutelare la posizione del consumatore e quindi sottolineano l'interesse anche generale della disciplina, accanto a quello di protezione del consumatore.

(64) Si richiama Fouillée, *“qui dit contractuel dit juste”*, in *Scienza sociale*, II ed., 410 (cit. in Ghestin, *Les obligations. Le contract: formation*, II ed., 20).

inevitabilmente, i conti con la realt  dei fenomeni sociali: sempre pi  frequenti sono, infatti, le ipotesi di abuso contrattuale non contemplate dalle clausole tipizzate di cui all'art. 33, comma 2, c. cons. (65). Ebbene, la norma di cui al primo comma dell'art. 33 c. cons. detta i caratteri di vessatoriet  delle clausole non legalmente tipizzate che fuggono dalle fattispecie specificamente elencate al comma 2 dell'art. 33 c. cons.

Il *discrimen* operato tra clausole legalmente atipiche (33, comma 1, c. cons.) e clausole legalmente tipiche (33, comma 2, c. cons.) comporta un diverso onere probatorio (art. 2697 c.c.) tra consumatore e professionista. In presenza di una clausola vessatoria atipica, sul consumatore, che ne invoca la nullit , incombe l'onere di provare il significativo squilibrio giuridico delle parti. Mentre, in presenza di una clausola vessatoria tipica, il legislatore detta una presunzione *iuris tantum*, per cui si presumono vessatorie le clausole specificamente elencate al secondo comma art. 33 c. cons. salvo prova contraria a carico del professionista (66).

  evidente che, per volont  del legislatore, la clausola vessatoria legalmente atipica deve essere dimostrata in tutti i suoi elementi costitutivi (67); diverso  , invece, il regime probatorio della clausola vessatoria tipica che, per espressa disciplina di cui al comma 2 art. 33 c. cons., si presume abusiva salvo prova contraria del professionista.

Alla luce dell'art. 33, comma 1, c. cons. la S.C. ha affermato la vessatoriet  della clausola di un contratto avente ad oggetto un corso di potenziamento o aggiornamento professionale che vincola il

consumatore, non solo a rinunciare alla facolt  di recesso, ma anche a corrispondere l'intero importo pattuito. Per i particolari obblighi imposti al consumatore, la S.C. ha ritenuto rilevante il migliore e differenziato trattamento del professionista, soprattutto in considerazione che la rinuncia dello *ius poenitendi* del consumatore non trovi adeguato riscontro in un obbligo contrattuale carico del professionista (68).

Altro caso risolto alla luce del disposto di cui all'art. 33, comma 1, c. cons., ha interessato il rapporto contrattuale di mediazione *ex art.* 1754 c.c., sicch  "il conferente l'incarico che rifiuti (anche se ingiustificatamente) di concludere l'affare col terzo indicato dal mediatore e che abbia fatto offerta coincidente con le aspettative del conferente. Ebbene, la previsione dell'obbligo di corrispondere comunque un compenso all'intermediario pu  avere causa nella remunerazione dell'attivit  da quello posta in essere nella ricerca di un interessato. Ma se il compenso sia previsto in misura identica (o prossima) a quella stabilita per la conclusione dell'affare, si pone il problema di stabilire se, in relazione al caso di mancata conclusione dell'affare per scelta di chi ha conferito l'incarico, vi sia squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti (*ex art.* 33, comma 1, cod. cons.) giacch  solo con la conclusione dell'affare il preponente realizza il suo interesse e poich  il rifiuto da parte sua di concluderlo non integra comunque un inadempimento" (69).

Ancora, altri esempi di clausole censurate secondo la generale previsione di cui al comma 1 dell'art. 33 c. cons. sono state le clausole che, prevedendo a favore

(65) Non   un semplice caso che il concetto di "forza contrattuale" sia maturato soprattutto nell'ambito del diritto del lavoro, ha manifestato una capacit  espansiva tanto da essere richiamato ogni qual volta sia presente un interesse collettivo o di gruppo (consumatori, risparmiatori, investitori, piccoli imprenditori) riconosciuto o meno dallo stesso legislatore. P. Pollice, *Appunti sulla parte generale del contratto*, Torino, 2014, 122. In sintesi, ci  che rileva non   la dimensione individuale del conflitto, ma la specifica appartenenza dei soggetti del rapporto a gruppi sociali, sul punto P. Barcellona, *Prospettive del diritto civile nella disciplina dei poteri decisionali del privato*, in *Studi in ricordo di Alberto Auricchio*, I, Napoli, 1983, 24 ss.

(66) Si   rilevato che l'elenco di cui all'art. 33, comma 2, c. cons.   da ritenersi tassativo solo per quanto riguarda la presunzione di vessatoriet , che opera per le sole clausole indicate. Cfr. Minervini, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, 177; in tal senso anche S. Patti, *La presunzione di vessatoriet  e altri aspetti di diritto delle prove*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 5, 513; secondo quest'ultimo A. a tale presunzione non si deve attribuire un significato tecnico bens  quello di invertire l'onere della prova a vantaggio del consumatore.

(67) Gi  il comma 3 dell'art. 1469 *bis* (ora abrogato) considerava abusive clausole diverse da quelle elencate, fermo restando che sul consumatore incombe l'onere di provare l'esistenza del significativo squilibrio di diritti ed obblighi contrattuali malgrado la

buona fede. Sul consumatore incombe, in linea generale, l'onere di provare l'esistenza di elementi costitutivi della vessatoriet  della clausola. Incombe l'onere di provare l'essenza di una trattativa individuale, fatta salva l'ipotesi in cui si tratti di condizioni generali di contratto. Sirena, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Comm. Schlesinger, 214 ss.

(68) Cos  Cass. 17 marzo 2010 n. 6481, in *Giur. it.*, 2011, IV, 806, che in tema di valutazione del carattere abusivo delle clausole predisposte dal professionista, questa deve essere condotta alla luce del principio generale, secondo cui sono abusive le clausole che determinino a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 1469 *bis*, comma 1, c.c., nella formulazione, applicabile "ratione temporis", antecedente al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206), sia alla luce delle fattispecie tipizzate (di cui al terzo comma dello stesso articolo). Ancora, Trib. Terni 30 gennaio 2008, in *Giur. it.*, 2008, 2726, che pur statuendo sulla rilevabilit  della nullit  di protezione *ex officio* da parte del giudice, ammette l'esistenza anche di clausole vessatorie non specificamente contemplate dalla legge.

(69) Cass., Sez. III, 3 novembre 2010, n. 22357, in *Giur. it.*, 2011, 1036, stabilisce che in tal caso il giudice   chiamato ad apprezzare l'adeguatezza del corrispettivo e, qualora ritenga che esso abbia determinato un significativo squilibrio delle prestazioni, dovr  riconoscere la vessatoriet  (*ex art.* 33, comma 1, c. cons.) e dichiararne la nullit .

Argomenti

I singoli contratti

della banca la modificazione dell'interesse, qualora indicizzato escludeva l'obbligo di comunicazione al cliente della modifica a lui sfavorevole (70). Altra clausola che è stata giudicata vessatoria - alla luce del principio generale di cui all'art. 33, comma 1, c. cons. - è quella contenente la previsione secondo la quale il contratto è risolto di diritto "nel caso di infrazione di qualsiasi patto contrattuale (...) salva l'azione legale per il recupero del credito e per il risarcimento del danno" (71).

Certo è che il giudizio di vessatorietà delle clausole non tipizzate, svolto *ex post* dal giudice, deve essere effettuato nel caso concreto, tenendo conto della mancata trattativa, del significativo squilibrio normativo e che non riproduca disposizioni normative. Al fine di individuare il "grado di vessatorietà" di una clausola occorre valutare l'oggetto e l'effetto della stessa, la quale può essere anche indirettamente (oltre che direttamente) squilibrante dei diritti e degli obblighi contrattuali (72).

Il grado di vessatorietà deve essere oltre che individuato, anche valutato facendo riferimento a tutte le circostanze di fatto e di diritto sussistenti nel caso concreto. Sicché tale grado sarà tanto più intenso quanto meno il mercato, in cui opera il professionista, è capace di offrire stessi beni ed utilità atti a soddisfare gli interessi del consumatore (73).

A queste considerazioni, è necessario aggiungere che, nella valutazione della vessatorietà delle clausole, si deve non solo tenere in considerazione le esigenze di tutela del consumatore, ma anche le esigenze di tutela del professionista, adattando così il sindacato alle caratteristiche della fattispecie concreta (74).

Emarginare tutte quelle clausole predisposte unilateralmente dal professionista, comportanti un ingiusto vantaggio normativo in capo allo stesso, andrebbe a contraddire lo spirito della normativa che è volta a proteggere esclusivamente il consumatore. L'enfaticizzazione della figura del consumatore comporta che la clausola intanto può considerarsi vessatoria, in quanto operi a svantaggio di quest'ultimo. Ragionando in questi termini, la clausola unilateralmente predisposta dal professionista ed onerosa per quest'ultimo, non può essere considerata vessatoria. Il professionista non può, infatti, beneficiare della nullità di una clausola a sé svantaggiosa. Solo ed esclusivamente il consumatore è "protetto" dalla nullità di cui all'art. 36 c. cons., sicché il principio *favor consumatoris* cui si ispira il codice del consumo trova espressa conferma nella disposizione dell'art. 36, comma 3, c. cons., il quale prevede che la nullità della clausola, rilevabile d'ufficio dal giudice, operi solo a vantaggio del consumatore; dunque, ha efficacia unidirezionale.

Se si ammettesse la tassatività dell'elenco di clausole vessatorie - *ex art. 33, comma 2, c. cons.* - per le fattispecie non specificamente contemplate, si tollererebbe l'abuso del potere negoziale da parte del professionista perpetrato mediante l'automatica inserzione di clausole e che rendono, nel caso concreto, gravosa la posizione giuridica contrattuale del consumatore (limitato nell'*Inhaltsfreiheit*) con conseguente negazione di tutte le tutele - individuali (nullità di protezione) e collettive (inibitoria dell'AGCM) - necessarie per reprimere ipotesi di vessatorietà nei confronti della parte debole (75).

(70) Con la stessa decisione è stata considerata vessatoria la clausola che prevede la capitalizzazione trimestrale degli interessi a carico del cliente; squilibrata perché a tale capitalizzazione trimestrale degli interessi a carico del consumatore corrispondeva una periodizzazione annuale del computo di interessi a favore del cliente e a carico della banca (la delibera Circ. 9 febbraio 2000 prevede all'art. 2, comma 2 la stessa periodicità nel conteggio degli interessi debitori e creditori nell'ambito di ogni singolo conto corrente). Il Tribunale ritiene che tale clausola dovrebbe ritenersi vessatoria per contrasto col principio di trasparenza di cui all'art. 35, comma 1, c. cons., in quanto il consumatore non ne ricava facilmente la nozione dell'effettivo tasso di interesse a suo carico. Così Trib. Roma 21 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 1847, con nota di Salomone.

(71) Trib. Palermo 18 settembre 2000, ord., in *Danno e resp.*, 2001, 2, 177, con nota di Palmieri, Trib. Palermo 4 luglio 2000, in *Danno e resp.*, 2001, 2, 181, con nota di Palmieri, allo stesso modo anche Trib. Palermo 10 gennaio 2000, ord., in *Foro it.*, 2000, I, 2088.

(72) Sull'efficacia diretta ed indiretta delle clausole vessatorie si veda Maggiolo, *Un problema delle clausole vessatorie: tassatività e linguaggio giuridico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, 772.

(73) In questi termini in un mercato dominato da un monopolista o da un operatore in posizione preminente le clausole vessatorie risulteranno ancora più onerose per il consumatore o

utente. Così Barenghi, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in *Diritto Privato europeo*, a cura di Lipari, II, 632.

(74) Sulla base di tale rilievo il Trib. Roma 31 agosto 1998, in *Foro it.*, 1998, I, 3331, con nota di Palmieri, osservava che non sussiste significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi, richiesto ai fini dell'accertamento della vessatorietà, laddove le singole clausole, pur prevedendo vantaggi per il predisponente, siano dettate da giustificate esigenze organizzative e gestionali dell'impresa, in difetto delle quali la stessa non potrebbe svolgere in modo remunerativo la sua attività.

(75) Lasciano a lungo meditare due particolari pronunce della S.C. La prima, anche se attiene alla riducibilità *ex officio* della clausola penale, i giudici ritengono "il mito ottocentesco della onnipotenza della volontà e del dogma di intangibilità della convenzione" deve ritenersi superato "nel contesto di intervenuta costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato" fatto che "implica un bilanciamento di valori, di pari rilevanza costituzionale stante la riconosciuta confluenza nel rapporto negoziale - accanto al valore costituzionale dell'iniziativa economica (art. 41 Cost.) che appunto si esprime attraverso lo strumento contrattuale - di un concorrente dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.)" il quale entra "in sinergia col canone generale di buona fede (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 c.c.)" di guida da "arricchirlo di contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali di protezione della persona e delle cose, funzionalizzando così il

La disciplina dettata dal codice di consumo è inderogabile, non può essere oggetto di elusione delle parti, non possono scegliere una diversa legge da applicare (v. art. 5, Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (76)), con la conseguenza che non solo è inderogabile il diritto del consumatore ad essere informato - informazione che assume ruolo primario nella formazione di un consenso libero e consapevole - ma non è nemmeno inarrestabile un controllo generalizzato sul contenuto del contratto al fine di verificare la sussistenza di un significativo squilibrio di diritti ed obblighi a danno del consumatore, anche nei casi non specificamente tipizzati dalla legge; sempre che tale controllo non riguardi la determinazione dell'oggetto, né l'adeguatezza dei prezzi di beni e servizi, purché indicati in modo chiaro e comprensibile.

È inderogabile, dunque, la protezione del contraente non professionista avente come scopo il ripristino di condizioni efficienti del mercato, impedendo la pattuizione di clausole che determinano un regolamento *ab origine* sperequato (77).

Ad avallare quanto appena esposto è l'art. 3, n. 3, Dir. 93/13/CEE, secondo cui l'elenco delle clausole riportate all'art. 33, comma 2, c. cons. contiene una lista "indicativa e non esauriente" di clausole che possono essere dichiarate abusive e che si presumono vessatorie fino a prova contraria, poiché le clausole non specificamente elencate potranno considerarsi vessatorie in presenza degli elementi soggettivo ed

oggettivo individuati dall'art. 33, comma 1, codice consumo.

In quest'ottica, la Direttiva comunitaria, seguendo il modello già adottato da diversi ordinamenti europei (78), impone agli Stati membri un sistema di controllo contenutistico delle clausole predisposte unilateralmente dal professionista; tale sistema di controllo guida le concrete valutazioni del giudice dettando una clausola generale di abusività ed affiancando alla stessa una indicativa, ma non esaustiva, elencazione di clausole aventi manifesti ed immediati aspetti di abusività.

Da ultimo, occorre precisare che sussiste una rilevante differenza tra le clausole vessatorie disciplinate dal codice di consumo, le quali possono essere anche atipiche (arg. ex art. 3, n. 3, Dir. 93/13/CEE), e quelle specificamente elencate dall'art. 1341, comma 2, c.c. Ebbene, in ragione del fatto che le clausole vessatorie elencate nel codice civile operano nell'ambito di una tutela squisitamente formale dell'aderente (e pertanto del tutto inidoneo a riparare il consumatore dagli effetti di disparità sostanziale), sia la dottrina (79) che nutrita giurisprudenza (80) ritengono che l'elencazione codicistica, a differenza delle clausole vessatorie riguardanti i rapporti contrattuali tra professionista e consumatore, abbia carattere tassativo e non esemplificativo per diverse ragioni: oltre che per una tutela solo formale dell'aderente, anche per la circostanza che l'art. 1341 comma 2, c.c. non contiene una definizione astratta di clausola vessatoria ma un "secco" elenco di

rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui questa non collida con la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato" (Cass. 21 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, 1929). In tal senso "il potere di controllo attribuito al giudice non nell'interesse della parte ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia negoziale travalichi limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma" (Cass., SS.UU., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Dir. e giur.*, 2005, 582, con nota di Rascio, *Le Sezioni Unite consacrano il potere del giudice di ridurre d'ufficio la penale*).

(76) La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Convenzione 1980/934/CEE aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980. Pur elaborata all'interno dell'UE, ha lo scopo, proprio del diritto internazionale privato, di regolare rapporti tra operatori comunitari e quelli degli altri paesi del mondo. La convenzione ha, altresì, rango comunitario; inoltre, introduce importanti elementi di valorizzazione della libertà contrattuale quanto alla legge applicabile, con il solo limite del rispetto dell'ordine pubblico internazionale e con l'adozione della normativa di necessaria applicazione in materia di contratti di lavoro e tutela del consumatore.

(77) Così Pollice, *op. cit.*, 157.

(78) Si veda in Germania, il *Gesetz zur Regelung des Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, o *AGB-Gesetz*, del 1976, poi incorporato, nel 2001, nel BGB, ai parr. 307 ss.; nel Regno Unito, l'*Unfair*

Contract Terms Act del 1977; in Francia, la c.d. *Loi Scrivener* del 1978.

(79) Infatti, la dottrina prevalente sostiene che l'elenco delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341, comma 2, c.c. abbia il carattere della tassatività, sicché alle ipotesi normativamente previste non possano aggiungersene altre per via di interpretazione analogica. Tale orientamento è motivato dalla affermazione della natura "eccezionale" che si attribuisce alla norma in esame, che quindi non è suscettibile di applicazione analogica, ma solo di interpretazione c.d. estensiva all'interno dei tipi di clausole indicate nell'art. 1341, comma 2 (Bianca, *Condizioni generali di contratto*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 5; *Id.*, *op. cit.*, 352). A ben vedere, altri autori affermano, contrariamente, il carattere esemplificativo e non tassativo dell'elenco, desunto dalla asserita non eccezionalità della norma: cfr. Cesàro, *Condizioni generali di contratto ed elencazione delle clausole vessatorie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 60.

(80) La giurisprudenza dichiara prevalentemente di condividere l'orientamento della dottrina circa il carattere tassativo dell'elenco e l'ammissibilità di una interpretazione c.d. estensiva, per tutte: Cass., Sez. III, 4 giugno 2013, n. 14038, per cui l'elencazione contenuta di cui all'art. 1341, comma 2, c.c. non è soggetta ad interpretazione analogica, ma solo estensiva ed in essa non solo non è prevista l'ipotesi della rinuncia al recesso, ma neppure è contemplato alcun caso che a questa possa essere assimilato; ancora da ultimo si veda Cass., Sez. VI-3, 3 settembre 2015, n. 17579, in *studiodilegale.leggiditalia.it*.

Argomenti

I singoli contratti

clausole particolarmente onerose per l'aderente; ancora la norma codicistica appare del tutto eccezionale in considerazione del fatto che si pone come limite del tutto "straordinario" al principio dell'autonomia privata.

La ripartizione dell'onere probatorio in presenza di clausole vessatorie atipiche

Ammessa l'esistenza di clausole vessatorie atipiche; è necessario richiamare, ancora una volta, il distinguo operato dalla Corte (81): per quanto riguarda le clausole vessatorie atipiche (art. 33, comma 1, c. cons.) è onere di chi invoca la nullità dimostrare che esse hanno provocato un significativo squilibrio tra le posizioni delle parti; mentre, solo in presenza di clausole vessatorie tipiche opera la presunzione *iuris tantum*.

Il diverso carico probatorio, delineato dalla S.C., è dibattuto in dottrina. Alcuni autori (82) ritengono che nel caso in cui la clausola riproduca una delle fattispecie elencate nell'art. 33, comma 2, c. cons., scatterebbe la presunzione relativa; invece, le clausole non specificamente elencate, non potrebbero essere considerate presuntivamente abusive, ma occorrerebbe dimostrare la loro vessatorietà.

Altri autori (83), invece, ritengono che lo speciale onere probatorio di cui all'art. 33, comma 2, c. cons. si applicherebbe anche alle clausole vessatorie atipiche di cui all'art. 33, comma 2, c. cons., per cui sul professionista incombe sempre l'onere di allegare e provare il fatto che escluda la vessatorietà della clausola.

Facendo riferimento a quanto previsto all'art. 33, commi 1 e 2, c. cons., preme rilevare in che modo il legislatore tratti le diverse categorie di clausole vessatorie. Nella disposizione riguardante le clausole vessatorie atipiche (art. 33, comma 1, c. cons.) il legislatore "considera" vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del

consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Diverso tenore accompagna l'elenco delle clausole vessatorie tipiche. L'art. 33, comma 2, c. cons. apre disponendo che "si presumono vessatorie fino a prova contraria" i patti della lista grigia.

Il *discrimen* operato a livello letterale ci induce a ritenere un diverso onere probatorio, sicché per le clausole vessatorie tipizzate opera una presunzione legale relativa; è chiara, infatti, la sussistenza di una protezione del consumatore effettuata *ex ante* per mano legislativa. Diverso è l'onere probatorio finalizzato a dimostrare sussistenza e il configurarsi di clausole "atipiche"; il legislatore *considerandole* semplicemente, impone, comunque, in capo al consumatore l'onere di provare i fatti costitutivi della vessatorietà della clausola; sicché la prova cade oltre che sull'elemento soggettivo (rapporto contrattuale intervenuto tra consumatore e professionista) anche sull'elemento oggettivo (il significativo squilibrio normativo operato dalla clausola e l'assenza di serie trattative).

Orbene, la differenza tra le clausole elencate e quelle atipiche trova rilievo anche sul piano probatorio, atteso che per le atipiche, semplicemente considerate dal legislatore, non opera la presunzione legale.

Si conclude, seguendo la "colorata" classificazione operata dalla dottrina, che oltre le clausole individuate e valutate nella loro vessatorietà *ex ante* dal legislatore - rientranti a seconda dei casi in una "lista grigia" o in una "lista nera" - assistite da una presunzione legale; sussistono anche clausole, non specificamente tipizzate dal legislatore, che - essendo "bianche" e non rientrando in liste specifiche - necessitano di una valutazione giudiziale da effettuare *ex post* nel rispetto dei criteri dettati dall'art. 33, comma 1, c. cons. per le quali non opera presunzione (almeno legislativa) e i cui fatti costitutivi necessitano di essere specificamente provati dal consumatore.

(81) Cass., Sez. III, 20 agosto 2015, n. 17024.

(82) Per tutti: Di Majo, *I contratti bancari e finanziari dopo la legge sulle clausole vessatorie*, in Ruffolo (a cura di), *Clausole "vessatorie" e "abusive"*, Milano, 1997, 241.

(83) Per tutti: Sirena, *op. ult. cit.*, 123 ss.