Quaderni de
IL DIRITTO DEGLI AFFARI
Collana diretta da **Bruno Inzitari**

Profili attuali di diritto dei contratti per l'impresa

a cura di

MARIA NOVELLA BUGETTI

G. Giappichelli Editore – Torino

Quaderni de

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

Collana diretta da Bruno Inzitari

2

Profili attuali di diritto dei contratti per l'impresa

a cura di

MARIA NOVELLA BUGETTI

G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2020 – G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 978-88-921-8761-0

Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di studi internazionali, giuridici e storico-politici dell'Università Statale di Milano.

Il volume è stato oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (double blind peer review), *secondo un procedimento standard concordato dall'Autore con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.*

Pubblicato nel mese di maggio 2020
presso la G. Giappichelli Editore – Torino

Riflessioni sui diritti fondamentali dei consumatori in materia contrattuale e sulla disciplina delle clausole vessatorie nei rapporti consumeristici

di Francesco Camilletti

SOMMARIO: 1. Premessa. I soggetti della disciplina consumeristica. – 2. Le clausole vessatorie. – 3. Il concetto di vessatorietà nella giurisprudenza.

1. *Premessa. I soggetti della disciplina consumeristica.*

Come è noto, al fine di trattare al meglio la fattispecie giuridica delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, oggetto della analisi che verrà sviluppata nel presente contributo, preliminarmente deve essere individuata la circostanza peculiare (sebbene non unica nel nostro ordinamento, considerando la presenza dei contratti finanziari e di quelli cc.dd. "*business to business*", senza contare che la premessa teorica *de qua* è anche concettualmente sovrapponibile in alcuni aspetti a quanto previsto dalla normativa giuslavoristica) per cui all'interno del regolamento contrattuale è riscontrabile uno *status* soggettivo *inter partes* improntato ad un certo squilibrio, che può vertere tanto sul piano meramente patrimoniale (contrattuale) quanto su quello informativo (quindi pre contrattuale), quanto su quello normativo o regolamentare, e frequentemente anche su tutti i medesimi allo stesso tempo; questa disomogeneità è suscettibile, come empiricamente si può facilmente desumere, di riverberarsi a sua volta sul reale raggiungimento di un equo contemperamento delle aspettative delle parti per quel che riguarda il contenuto vero e proprio del contratto, sia da un punto di vista normativo (diritti ed obblighi relativi alle parti) sia da un punto di vista eminentemente economico. È inoltre opportuno premettere che tale squilibrio, potenzialmente verificabile in danno del consumatore, non deve necessariamente risolversi in favore del professionista, ben potendo, in ragione della *ratio* protezionistica di cui è informata la disciplina *de qua*, trovare applicazione la normativa sulle clausole vessatorie (artt. 33-36 cod. cons.) anche nell'ipotesi in cui a trarre vantaggio dal "contratto asimmetrico" sia un terzo: nella valutazione del legislatore, infatti, non è importante tanto il soggetto che trae un vantaggio, bensì la tutela di quello debole.

Nello specifico, la menzionata sperequazione che funge da sfondo e anche da ragione posta a fondamento della peculiare disciplina consumeristica si verifica tra i due attori del c.d. rapporto di consumo, entrambi definiti dall'art. 2 del d.lgs. n. 206/2005 (di seguito anche cod. cons.): la prima è quella del "professionista", ossia, sinteticamente, la persona (nel più ampio senso di centro di imputazione di diritti ed obblighi, ben potendo il professionista rivestire la natura di persona giuridica, differentemente, come si vedrà *infra* e come dibattuto accesamente in dottrina, da quanto avviene per il consumatore) che esercita un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale (anche a mezzo di intermediari) da una parte, e il consumatore [1], ossia, sinteticamente, e sempre in base alle definizioni contenute nel medesimo art. 3, la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta [2], e per soddisfare bisogni personali o familiari; è proprio in tale situazione di eterogeneità di condizioni soggettive che risiede la peculiarità del contratto "*business to consumer*", fondamento di tutta la disciplina delle clausole vessatorie, di talché, *a contrariis*, si può desumere che quando le due parti dovessero versare in una condizione di omogeneità soggettiva (per essere entrambi "professionisti" ovvero "consumatori" secondo quanto disciplinato dal codice del consumo) si applicherebbe la generale disciplina del contratto dettata dagli artt. 1321-1469 c.c., che si fondano sulla presunzione secondo la quale le parti, di regola, versano in posizioni soggettive di tendenziale parità (sempre, beninteso, che il contratto non sia stato stipulato da un soggetto iugulato da uno stato di pericolo fisico o di bisogno inteso in senso patrimoniale, o che la sua volontà sia stata viziata da errore, violenza o dolo, o ancora che vi sia un problema di incapacità legale o naturale, e che quindi la volontà negoziale sia stata espressa in maniera libera e spontanea) e che

---

[1] In realtà la prima definizione di "consumatore" nell'ordinamento italiano è molto più risalente, rinvenendosi, come ricorda C. BERTI, *La Figura del Consumatore e la sua Soggettività Giuridica*, in *Resp. civ. prev.*, fasc. 5/2018, 1684 ss., ove si legge: «La prima figura del consumatore nel nostro ordinamento giuridico si rinviene nella Relazione al Re sul c.c. n. 1046, a commento della disposizione ispirata al principio di parità del trattamento nella contrattazione in condizione di monopolio legale (l'attuale art. 2597 c.c.). Successivamente, il legislatore non ha prestato alcuna attenzione specifica al consumatore (anche gli studiosi di quegli anni vi si riferiscono unicamente nell'ambito della disciplina della concorrenza).

Tuttavia, solo a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, sulla spinta comunitaria, tale figura ha ricevuto riconoscimento a livello positivo, dapprima mediante provvedimenti di natura dichiaratamente settoriale, poi mediante inserimento nel codice civile, nella parte dedicata alla disciplina dei contratti in generale, a segnarne, dunque, l'ingresso ufficiale nel nostro ordinamento quale realtà soggettiva a carattere (non socio-economico, ma) giuridico, e definita come la persona fisica che agisce per scopi extraprofessionali».

[2] Come rilevato dalla giurisprudenza, la definizione di consumatore, che ha connotazione eminentemente negativa, per trovare la propria identificazione nella negazione di alcune caratteristiche (specificamente: l'esercizio di un'attività commerciale o professionale), non può essere suscettibile di un'interpretazione di carattere estensivo o analogico: si è in tal proposito argomentato che «*se non è contestabile che l'imprenditore possa talvolta trovarsi in una situazione di debolezza non dissimile da quella del consumatore, l'interpretazione analogica è radicalmente preclusa dalla considerazione dello scopo estraneo all'attività imprenditoriale o professionale*».

dunque, secondo il legislatore, *de iure condito*, non richiedono la necessità di essere integrati con una disciplina per così dire "ortopedica", teleologicamente indirizzata a ridurre il fisiologico squilibrio di conoscenze (cc.dd. asimmetrie informative) e di possibilità economiche (oltre che, in senso più strettamente giuridico, di diritti ed obblighi) intercorrente tra le parti, a svantaggio del consumatore [3].

Bisogna comunque tenere presente che le clausole vessatorie, in sé considerate, non distinguono lo stato soggettivo delle parti, ma si limitano a considerare il soggetto che abbia predisposto, ovvero subito, la predisposizione del regolamento contrattuale [4], ferma restando, ad ogni modo, la disciplina comune prevista dagli artt. 1341 e 1342 c.c, preposti a regolamentare la fattispecie delle cc.dd. condizioni generali di contratto e quella del contratto concluso mediante moduli o formulari, con l'obiettivo di contemperare le contrapposte esigenze consistenti da una parte nell'accelerazione nella stipulazione dei contratti (i quali costituiscono, nella società contemporanea, almeno nei paesi improntati al modello occidentale – capitalistico, il più efficace mezzo di circolazione delle ricchezze) e dall'altra alla tutela del contraente più debole, che nella prassi, si limita a aderire al regolamento predisposto dall'altro contraente, con un margine di trattativa alquanto ridotto, non potendo intervenire nella determinazione del contenuto contrattuale, in aperta deroga al principio generale di cui all'art. 1322 c.c

Va inoltre specificato che lo squilibrio regolamentato dal legislatore (similmente a quanto avviene in tema di risoluzione per inadempimento, ove è richiesto il requisito della "gravità"; o ancora, in ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo, ove è richiesto un "notevole inadempimento" degli obblighi contrattuali), che legittima il consumatore a far operare a proprio vantaggio, ad esempio, la disciplina della nullità delle clausole vessatorie, deve essere "significativo", essendo impensabile che un accordo contrattuale realizzi un equilibrio perfetto tra le aspettative, gli obblighi e i diritti tra le parti: è solo quando lo squilibrio assume proporzioni significative che la disciplina del consumo trova la sua applicazione.

Ed è proprio a tal proposito che è stata rilevata in dottrina l'eccentricità del sistema consumeristico in relazione alla tradizionale disciplina del contratto di di-

---

[3] Mi permetto di rimandare a F. CAMILLETTI, *Commentario al Codice del Consumo*, Roma 2008, 165: «Sotto il profilo dell'operatività soggettiva dello squilibrio, la norma in esame specifica che questo deve risolversi a danno del consumatore; conseguentemente non sono vessatorie le clausole che determinano un'alterazione del rapporto contrattuale a favore del consumatore e a carico del professionista, come fra l'altro si evince anche dall'art. 36, per il quale la nullità di protezione opera solo a vantaggio del consumatore. Inoltre, la clausola va considerata abusiva (*recte* vessatoria) anche nell'ipotesi in cui l'eccessivo squilibrio si risolva in un vantaggio per un terzo estraneo al rapporto negoziale e non direttamente per il professionista che l'ha predisposta. Tale interpretazione è in perfetta aderenza con la *ratio* protezionistica che l'ha ispirata, che è quella di tutelare il contraente debole, facendo sì che il contratto sia per lui equo, a prescindere all'individuazione del soggetto che potrebbe approfittare dell'eventuale squilibrio che l'accordo origina».

[4] S. MAZZAMUTO, *Il Contratto: Verso una nuova sistematica?*, in *Europa e dir. priv.*, fasc 3/2016, 597 ss.

ritto comune, atteso che, contestualmente all'introduzione della figura del consumatore e alla valorizzazione giuridica che questa figura soggettiva porta con sé, si verifica un'attribuzione al giudice di un vero e proprio potere di controllo relativamente all'equilibrio raggiunto dal regolamento contrattuale, esorbitante le tradizionali ipotesi scolpite dal codice civile, contraddistinte da uno stato patologico a livello congiunturale, come avviene nei casi di rescissione descritti dagli artt. 1447-1448 [5] e 1467 c.c, cui viene affiancata un'ampia varietà di diritti quali, a titolo esemplificativo, lo *ius poenitendi*, le nullità di protezione [6] (di cui si dirà più dettagliatamente *infra*), la nuova funzione conferita alla forma del contratto e alcune regole generali di comportamento quali la buona fede.

Si è altresì unanimemente affermato che tale complesso di regole posto in deroga alla disciplina generale del contratto affonda la propria *ratio legis* nella necessità di supplire alla carenza di potere negoziale fisiologicamente gravante su una delle due parti, con la conseguente creazione di un vero e proprio nuovo paradigma contrattuale, definibile come "contratto asimmetrico", valorizzando così sin dalla nomenclatura della categoria giuridico-dottrinale di appartenenza la condizione intrinseca di debolezza di una parte nei confronti dell'altra, introducendo in tale modo una serie di deroghe ai principi fondamentali del settore giusprivatistico – e in generale dell'ordinamento nella sua interezza – quale, ad esempio, quello di libertà di autodeterminazione o autonomia privata; in questa cornice, la disciplina delle clausole vessatorie riveste senza alcun dubbio un ruolo da protagonista, facendo prevalere, almeno in prima battuta, esigenze di tutela (che si potrebbero definire *latu sensu* "pubblicistiche") rispetto alle istanze autonomistiche/privatistiche.

Si è tuttavia ulteriormente rilevato in dottrina [7] che la disciplina *de qua* rischia di creare una circoscrizione della figura del consumatore fondata su un criterio esclusivamente formalistico, con la conseguenza che rimarrebbero esclusi dal pe-

---

[5] S. MAZZAMUTO, *op. loc. ult. cit.*: «Si pensi, ad esempio, alla rescissione, rispetto alla quale in letteratura si parla di disparità microeconomica ossia di carattere episodico e non strutturale, contrapponendola alla disparità macroeconomica conseguente alla conformazione del mercato che invece sta alla base del contratto tra consumatore e professionista».

[6] F. CAMILLETTI, *Commentatio al Codice del Consumo*, cit., 167 secondo cui: «la nullità di protezione, infatti, non travolge l'intero *corpus* contrattuale, ma conserva gli obblighi rispettivi delle controparti, con esclusione ovviamente di quelli specifici della clausola vessatoria espunta. In questo modo il legislatore ha voluto caratterizzare la nullità di protezione come uno strumento di riequilibrio contrattuale, dotando di un'efficacia relativa un istituto che mentre nel diritto civile ha una funzione propriamente distruttiva degli effetti contrattuali, nel codice del consumo, invece, svolge una funzione prettamente riequilibratoria-punitiva nei confronti del professionista che ha abusato della propria posizione imponendo un contratto squilibrato al consumatore; il professionista infatti da una parte perde il vantaggio che gli offriva la clausola incriminata, ma dall'altra non gode dell'effetto "esdebitativo" dagli obblighi contrattuali assunti: il legislatore ha inteso pertanto assicurare il mantenimento degli effetti del contratto in favore del consumatore, piuttosto che l'integrale caducazione di tutte le clausole del negozio, cosa che avrebbe paradossalmente danneggiato proprio la parte che si vuole tutelare».

[7] F. CAMILLETTI, *L'art. 2 del Codice del Consumo e i diritti fondamentali del consumatore nei rapporti contrattuali*, in *I Contratti*, 2007, 10 ss.

rimetro della normativa protezionistica soggetti sostanzialmente assimilabili al "consumatore" *strictu sensu*, per via del basso livello di incisività che li connota all'interno del rapporto negoziale, richiamandosi, a titolo esemplificativo, enti associativi o non a scopo di lucro, o ancora i professionisti delle "fasce minime", come piccoli imprenditori o artigiani (platea peraltro sicuramente molto espansa in tempi recenti – stante l'assenza di una norma che cristallizzi univocamente i confini della "piccola impresa"[8], nonché la conclamata inefficienza qualificatoria dell'art. 2083 c.c, astrattamente preposto a delinearne il perimetro – in considerazione dell'estensione del regime fiscale forfettario fino alla soglia di € 65.000 lordi annui di reddito, che ha esteso di centinaia di migliaia di unità la categoria degli imprenditori "minimi"): soggetti, in definitiva, che ancorché aventi uno *status* differente dalla persona fisica e che certamente agiscono nell'esercizio dell'attività imprenditoriale svolta (sia pure con modalità anomale, quali ad esempio l'esenzione dall'applicazione dell'IVA, indubbiamente suscettibili di generare alcune distorsioni della disciplina della concorrenza[9]), sembrerebbero bisognosi *per eadem ratio* delle medesime tutele previste in favore del consumatore[10]; resta però certamente un importante ostacolo a livello ermeneutico, qualora si intendesse estendere le varie tutele previste dalla normativa consumeristica per via analogico/estensiva, connesso alla locuzione letterale legislativamente prevista secondo cui il consumatore deve, comunque, avere natura di persona fisica.

Tale difficoltà nell'estensione della pletora dei soggetti destinatari della normativa consumeristica è stata infatti confermata da una pronuncia della Corte Costituzionale[11], in cui il Giudice delle Leggi si è espresso nel senso che la circoscrizione alle sole persone fisiche della predetta disciplina è frutto di una consapevole scelta politico-legislativa, peraltro conforme a quanto attuato in altri ordinamenti in alveo comunitario.

Nella medesima pronuncia, la Corte si era espressa nel senso che tale circoscrizione soggettiva non presenta problemi di compatibilità con il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, atteso che la supremazia di fatto esercitata dal professionista/imprenditore nei confronti dell'altra parte non è stabilita per legge; al contrario, la legge tutela la persona fisica, ma non gli altri soggetti di diritto[12].

---

[8] Come noto, nell'ordinamento esistono plurimi criteri (anche di calcolo) per individuare la piccola impresa, facendo elasticamente riferimento, di volta in volta, al fatturato, al mero supporto dei collaboratori familiari, al volume occupazionale.

[9] Sul punto può essere utile consultare il seguente articolo *online* di L.A. BECCARIA, *Considerazioni sul Regime Forfettario*, in Forme Online | Informazioni e opinioni sulle politiche attive del lavoro, 51 ss., reperibile al seguente indirizzo *web*: *https://www.forme.online/2019/12/05/forme_07_flipbook-1/*.

[10] Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, Disegni di legge e relazioni, XII legislatura, Atto n. 1600-A.

[11] Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Danno e resp.*, 2003, 701.

[12] Così G. ALPA, *Diritti, Libertà Fondamentali e Disciplina del Contratto: Modelli a Confronto*, in *Giust. civ.*, fasc. I/2018, 5 ss.

Si può ritenere, richiamando alcune categorie generali degli studi giuridici, che la presunzione di vessatorietà delle clausole costituisca, come peraltro evidenziato dalla dottrina più recente [13], uno strumento di giustizia contrattuale; naturalmente, tale nozione – eternamente variabile nei concreti contenuti che la connotano in funzione delle diverse ideologie che si affermano nel divenire storico e socio/culturale – non può sfociare, nell'attuale cornice, nel perseguimento di una giustizia per così dire sociale *tout court*, nemmeno per tramite dell'aggancio con l'art. 2 della Costituzione, il quale, come è noto, prescrive il principio di solidarietà sociale cui tutta la collettività dei consociati deve conformarsi, in quanto il contratto resta per antonomasia il terreno dell'autonomia privata e, in quanto tale, deve consentire alle parti di regolamentare i propri interessi come più ritengono opportuno (fermo restando che l'iniziativa economica deve comunque avvenire senza recare pregiudizio alla dignità, sicurezza e libertà umana, secondo quanto previsto dall'art. 41, comma 2, della Costituzione, non casualmente inserito nella sezione relativa ai rapporti socio – economici, e non tra i principi fondamentali, per effetto della medesima politica compromissoria tra le varie anime dell'assemblea costituente che ha comportato la collocazione nella stessa sezione della Carta del diritto di proprietà privata).

La "giustizia contrattuale" perseguita nell'alveo della normativa consumeristica deve identificarsi quindi in quella c.d. "commutativa", funzionalmente indirizzata a un'equilibrata composizione degli interessi dei contraenti, secondo un criterio di equivalenza tra il valore delle rispettive attribuzioni e prestazioni che costituiscono l'oggetto del contratto [14], da intendersi quale elemento essenziale secondo il combinato disposto tra gli artt. 1325 c.c e 1346 ss., e parimenti delle clausole accessorie, la cui mancata apposizione nel regolamento contrattuale non ne pregiudica, come noto, la validità, ma che pur sempre concorrono in modo sostanziale a modificare obblighi e diritti a carico dei contraenti; e anzi, l'aspetto relativo alle clausole accessorie, frequentemente di natura squisitamente giuridica (e solo indirettamente patrimoniale: si pensi, ad esempio, alla c.d. clausola *solve et repete*), risulta quello più riccamente dettagliato dalla normativa consumeristica, proprio perché il rapporto fondato sugli elementi essenziali (segnatamente: l'oggetto) del contratto finirebbe inevitabilmente con il concentrarsi intorno al prezzo del bene venduto o del servizio erogato dal professionista, con la conseguenza che il prezzo stesso (*rectius*: il "giusto prezzo" eretto a paradigma dalla legge) verrebbe fissato a tavolino dal legislatore [15], in violazione alla

---

[13] G. D'AMICO, *Giustizia Contrattuale e Contratti Asimmetrici*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. I/2019, 1 ss.

[14] Appare verosimile, allora, ritenere che l'ancoraggio costituzionale del principio di giustizia contrattuale, oltre che nel richiamato art. 2 Cost., possa risiedere anche nell'art. 3 della medesima Carta Fondamentale, declinato secondo il concetto, proprio della dottrina giuspubblicistica, di "eguaglianza sostanziale".

[15] A tal proposito è interessante la riflessione di G. ALPA, *op. loc. ult. cit.* «l'autonomia contrattuale non riceve tutela diretta dalla Costituzione, ma è strumentale all'esercizio della libertà economica (sentenza n. 7/1962); la ricerca del profitto è legittima, e quindi, pur essendo ammissi-

legge economica della domanda e dell'offerta, che di fatto, pur con qualche temperamento, continua a regolamentare i rapporti suscettibili di una valutazione patrimoniale all'interno degli ordinamenti occidentali capitalistici. [16]

Naturalmente, tra i principi fondanti del rapporto di consumo c'è quello relativo all'equità, indicato all'art. 2 cod. cons. tra i diritti fondamentali del consumatore in materia contrattuale, e traducibile nella congruità del prezzo del bene venduto o del servizio erogato; ma è altrettanto vero che la nozione di congruità si basa sulle leggi del mercato, e non su un parametro fissato dal legislatore.

In ragione di queste – e altre – considerazioni, il legislatore europeo (*in primis*) e quello nazionale (*in secundis*), una volta presa consapevolezza in ordine al fatto che lo strumento contrattuale rischiava di veder venir meno alcuni assiomi che l'avevano accompagnato, per via dell'evoluzione di alcune dinamiche sia sociali (una maggior sensibilità dell'opinione pubblica nei confronti del tema) sia economiche (l'accentramento di grandi capitali su pochi soggetti, e in generale la progressione verso un sistema che prevede pochi *players* dotati di enormi risorse) comportanti il travolgimento del precedente schema in ragione del quale le posizioni delle parti contrattuali si ritenevano in posizione di parità, si sono decisi a rimodellare lo strumento contrattuale, perseguendo la predetta finalità di giustizia commutativa per i motivi "programmatici" già esposti, intervenendo per l'appunto con particolare riguardo alle pattuizioni accessorie del contratto, in modo particolare quelle preposte a regolare i diritti ed obblighi reciproci delle parti secondo un'ottica strettamente giuridica.

Si è in tal proposito argomentato che «la tutela del consumatore mira essenzialmente ad arginare i dissesti che si determinano quando il contratto non è il frutto di un'autentica interazione, ma obbedisce ad una logica schiettamente unilaterale» [17].

Parimenti, la *ratio* del sistema edificato a tutela dei consumatori, come efficacemente espresso dalla dottrina [18], non affonda nel generico interesse del si-

---

bile la regolamentazione dei prezzi, non si deve deprimere l'iniziativa economica con leggi (sentenza n. 144/1972); le limitazioni all'iniziativa debbono essere imposte con legge (sentenza n. 4/1962); la riserva di legge è solo relativa; che è legittimo l'intervento dello Stato rivolto a reprimere i monopoli privati (sentenza n. 59/1960); l'intervento rivolto a reprimere gli ostacoli alla libera concorrenza può estrinsecarsi nella imposizione di un monopolio pubblico (sentenza n. 255/1974); i fini di utilità sociale possono essere esplicati in dichiarazioni pragmatiche, ma i programmi non possono essere né troppo rigidi né arbitrari (sentenza n. 46/1963), le intese per limitare la concorrenza possono essere represse per tutelare l'interesse collettivo (sentenza n. 223/1982)».

[16] Sul punto si legga D'AMICO, *op. loc. ult. cit.*: «Sennonché un contratto sul quale venga fatto gravare il peso delle "diseguaglianze sostanziali", e a cui si attribuisca (in nome della "giustizia") la funzione di superarle, è un istituto che viene caricato di un compito che esso non può assolvere, e nel corpo del quale viene innestato un principio capace di portare alla dissoluzione dell'organismo del quale è entrato a fare parte».

[17] PARDOLESI, *Clausole Abusive Nei Contratti dei Consumatori*, 140.

[18] A. ALBANESE, *Le Clausole Vessatorie nel Diritto Europeo dei Contratti*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 3/2013, 669, ove l'Autore argomenta: «L'atto di consumo in questo contesto normativo assume rilevanza non tanto per il suo oggettivo concorrere a creare un sistema di scambi quan-

stema socio – economico alla conservazione dei contratti e alla circolazione dei beni e delle ricchezze (come avviene nella disciplina generale del contratto), ma nella tutela soggettiva di quella che è la parte debole del contratto, in modo sovrapponibile a quanto avviene nella disciplina giuslavoristica[19], ove eventuali pattuizioni derogatorie *in peius* rispetto ai trattamenti minimi previsti dalla legge e soprattutto dai Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro vengono automaticamente sostituite secondo il meccanismo di inserzione automatica delle clausole previsto dall'art. 1339 c.c, in questo caso sì derogando alla legge economica della domanda e dell'offerta (nel senso che un datore di lavoro potrebbe ipoteticamente attribuire alla prestazione di un lavoratore un corrispettivo inferiore a quello previsto dalle fonti collettive, e il lavoratore potrebbe essere d'accordo, ma, in ogni caso, si verificherebbe una sostituzione automatica del *quantum* pattuito con quello collettivamente stabilito): se ne può desumere che nel diritto del lavoro le esigenze di tutela della persona (del lavoratore) prevalgono sul principio generale dell'autonomia, laddove invece, nella disciplina consumeristica, tale principio subisce solamente un'attenuazione, senza che soggetti terzi rispetto al regolamento contrattuale possano eterodeterminare la valutazione patrimoniale del contratto, pur rimanendo confinati nel perimetro descritto dal già citato concetto di "equità", da intendersi astrattamente come congruità effettiva del prezzo del bene venduto ovvero del servizio erogato.

2. *Le clausole vessatorie.*

Svolte tutte le premesse teoriche e sistematiche di cui *supra*, si può riprendere quanto precedentemente accennato e analizzare il meccanismo della nullità delle clausole vessatorie nei contratti coinvolgenti la figura del consumatore; ap-

---

to per la funzione concreta da esso svolta come mezzo per soddisfare un bisogno famigliare o personale di uno dei contraenti, che lo pone in una posizione di inferiorità rispetto all'altra parte che invece stipula il contratto nell'esercizio della propria attività professionale.

Il sindacato giudiziale di vessatorietà trova così giustificazione razionale in una disuguaglianza sostanziale tra le parti e nell'esigenza di tutelare quella tra di esse che non è in condizione di esercitare un'effettiva autonomia contrattuale.

La disciplina in esame quindi, proprio in ragione del suo ambito di applicazione, non può intendersi in senso meramente strumentale alla trasparenza delle relazioni contrattuali e alla rimozione delle asimmetrie informative tra contraenti, che possono ostacolare l'efficiente funzionamento dei meccanismi concorrenziali».

[19] Sulla, almeno teorica, sovrapponibilità concettuale tra disciplina dei consumi e quella del lavoro, assimilate dalla comune esigenza di tutelare la parte debole del rapporto contrattuale, si è tempo addietro espresso GHIDINI, *Per i Consumatori*, Bologna 1997, che si era così espresso: «Ma allora cosa distingue la condizione del consumatore da quella del lavoratore subordinato? Solo la coscienza (cioè: la non coscienza) della subalternità; la non coscienza dell'identità di una condizione "strutturale" complessiva, che con modi tecnicamente diversi ripete e perpetua, nelle due fasi del lavoro e del consumo, i meccanismi di sfruttamento».

pare opportuno, a tal proposito, argomentare che la disciplina consumeristica in tema di espunzione di clausole valutate come vessatorie risulta in parte riproduttiva di quella di cui all'art. 1419 c.c., in quanto conserva anch'essa il contratto eliminando soltanto la clausola nulla, ma in parte se ne discosta in quanto viene precluso al giudice, ai fini della conservazione del contratto, di svolgere un'indagine in ordine alla effettiva volontà delle parti a voler concludere il negozio anche in mancanza della clausola vessatoria, che quindi non riveste mai, *ex lege*, il carattere di essenzialità; agire diversamente, infatti, avrebbe significato far travolgere dalla nullità l'intero contratto a danno del consumatore, posto che difficilmente si avrebbe avuto una volontà a stipulare quel negozio privo della clausola vessatoria da parte del professionista; è evidente, pertanto, la funzione protezionistica della disposizione *de qua*. Si deve altresì sottolineare, peraltro, che la predetta disciplina della nullità delle clausole vessatorie opera solo in favore del consumatore, di talché non saranno mai considerate vessatorie quelle clausole che dovessero configurare un vantaggio a favore del consumatore e uno svantaggio per il professionista.

Le finalità protezionistiche vengono raggiunte attraverso il meccanismo giuridico della presunzione *iuris et de iure* di vessatorietà di alcune clausole, esplicitamente indicate (c.d. *black list*) all'art. 36 cod. cons.; la natura assoluta di tale presunzione fa sì che la clausola sia automaticamente valutata come vessatoria [20], anche nella sussistenza di trattative contrattuali effettivamente intercorse tra le parti; nello specifico, le clausole sottoposte a detto regime "protettivo" sono quelle che abbiano per oggetto o per effetto di: escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; di escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento del professionista stesso; di prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

A questo elenco tassativo devono aggiungersi le ipotesi, ben più numerose,

---

[20] Ciò con riferimento non solo al contratto *strictu sensu*, ma anche alla fattispecie della proposta irrevocabile: si veda la pronuncia Cass. civ., 30 aprile 2012, n. 6639, che esprime la seguente massima di diritto: «*In tema di clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore, la previsione dell'art. 33 comma 2 lett. e) d.lg. 6 settembre 2005 n. 206, (c.d. codice del consumo) – diretta a sanzionare la lesione inferta all'equilibrio negoziale che si concretizza nel trattenimento di una somma di denaro ricevuta prima dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali, qualora non si ponga a carico dell'"accipiens" un obbligo restitutorio e un ulteriore obbligo sanzionatorio qualora sia egli stesso a non concludere o a recedere – è applicabile in presenza non solo di un contratto già concluso ed impegnativo per entrambi i contraenti, ma anche di un negozio preparatorio vincolante per il consumatore, quale quello discendente da una proposta irrevocabile, tutte le volte che il consumatore stesso – nel versare, contestualmente all'impegno assunto, una somma di denaro destinata ad essere incamerata dal beneficiario in caso di mancata sottoscrizione del successivo preliminare "chiuso" o del definitivo da parte del proponente – abbia aderito ad un testo, contenente la detta clausola vessatoria, predisposto o, comunque, utilizzato dal professionista oblato*».

contenute nella c.d. *grey list* (art. 33 cod. cons.), connotate invece dall'applicazione del meccanismo giuridico della presunzione *iuris tantum*, suscettibile di essere smentito dalla prova di non vessatorietà di cui è onerato il professionista.

A livello sistematico, si osserva come la nullità *ex* art. 36 cod. cons., proprio per la sua caratteristica di porsi a protezione della parte debole del contratto, è altresì caratterizzata da un ulteriore aspetto peculiare: la relativa azione può essere invocata esclusivamente dal consumatore o rilevata d'ufficio dal giudice, in considerazione della già illustrata circostanza per cui la pronuncia opera a favore della "parte debole" del rapporto contrattuale.

Se per la legittimità dell'azione a favore del consumatore, con esclusione per il professionista che, invece, può solo subirla, non sono sorti dubbi in dottrina, in merito alla rilevabilità d'ufficio, la dottrina si è interrogata su come questa possa convivere con il principio di totale libertà accordato al consumatore che può valutare se mantenere la clausola o eliminarla potestativamente [21]; ed infatti, se la rilevabilità d'ufficio nella nullità tradizionale, in ragione della gravità oggettiva che connota detto vizio, risponde alla necessità di salvaguardia di un interesse che si potrebbe definire "di ordine pubblico", e in ogni caso proprio della collettività dei consociati nella sua accezione più ampia, e quindi trascende l'interesse della singola parte, pur legittimata a farla valere o a mantenere in vita il contratto, la nullità c.d. di protezione si rivolge, al contrario, ad una collettività specifica e avente carattere (relativamente) omogeneo, di talché una rilevabilità d'ufficio sembrerebbe sproporzionata e non rispondente all'intento di permettere la massima libertà al consumatore di valutare la clausola vessatoria secondo la corrispondenza ai propri interessi, e quindi di mantenerla nel corpo del contratto nel caso essa sia ritenuta più vantaggiosa [22].

In sostanza, sganciando la rilevabilità d'ufficio della nullità da interessi sovraordinati a quelli della parte, e ancorandola all'interesse concreto e individuale del singolo consumatore, il giudice diventa il "gendarme" dell'interesse – o meno – al mantenimento del contratto da parte del consumatore stesso.

La *ratio* che sottintende alla scelta del legislatore di attribuire anche al giudice la possibilità di intervenire, valutando la legittimità della clausola incriminata perché squilibrata in danno del consumatore, deriva dalla considerazione che anche in questo caso rimanga preminente la tutela di un interesse pubblico, seppur portato da una categoria determinata di individui [23] (segnatamente: i consu-

---

[21] GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 204.

[22] ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie, in I contratti dei consumatori*, a cura di Gabrielli e Minervini, Torino, 2005, 404 ss.; v. pure D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *I Contratti*, 2009, 743, secondo il quale, nella prospettazione teorica della nullità è diffusa l'idea che la relatività della legittimazione a far valere la nullità debba comportare, se non l'esclusione, quanto meno una limitazione all'operare della rilevabilità d'ufficio del vizio.

[23] TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano-Roma, 1978, 896 ss.: «*... talvolta la migliore realizzazione di interessi fondamentali, quali sono nella interpretazione*

matori); insomma, anche una stretta cerchia di soggetti è, in ogni caso, depositaria di interessi che sono sovraordinati agli interessi personali degli individui stessi, e tali valori fondamentali devono poter esser sempre protetti dall'ordinamento [24].

In particolare, il codice del consumo esprime dei principi di ordine pubblico-economico, in quanto con la eliminazione delle asimmetrie informative e la previsione di un contratto equilibrato, si garantisce il corretto andamento del mercato e il rispetto dei principi di cui all'art. 2 Cost., che, imponendo anche orizzontalmente, in ambito contrattuale, il principio di solidarietà sociale, vogliono evitare che un contraente, abusando della propria posizione "dominante" di professionista, ottenga vantaggi sproporzionati rispetto ai sacrifici imposti all'altra parte.

E, in tal senso, all'art. 33 cod. cons. fa da *pendant* l'art. 2 dello stesso codice, secondo cui ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti in materia contrattuale alla trasparenza, alla correttezza e all'equità.

La norma sopra richiamata pone quindi in primo luogo la trasparenza tra i diritti essenziali della normativa consumeristica, riproducendo una norma già presente nel codice civile (vecchio art. 1469), che è stata trasfusa nel codice del consumo, e che costituisce un vero e proprio diritto fondamentale nella normativa oggetto del presente esame (a tale proposito, la dottrina [25] si è premurata di specificare come "diritto fondamentale" costituisca un'espressione enfatica, riproduttiva dei diritti fondamentali espressi e tutelati a livello costituzionale, ma che in alcun modo può aspirare ad eguagliarne il rango dal punto di vista sostanziale all'interno della gerarchia delle fonti dell'ordinamento; si può parlare, semmai, di "diritti essenziali", alla luce dei quali – o della tutela dei quali – può essere letto l'intero *corpus* normativo consumeristico, ma che in alcun modo possono essere letti alla stregua dei diritti fondamentali dell'ordinamento, sanciti e tutelati dalla fonte verticistica del medesimo). L'obbligo di trasparenza costituisce una specificazione del più generale principio di correttezza (o buona fede contrattuale), dovendo consentire al consumatore che aderisce al contratto di comprendere effettivamente i sacrifici economici che dovrà sopportare in conseguenza dell'assunzione delle obbligazioni prodotte dal contratto stesso.

Nel concreto, l'obbligo di trasparenza a carico del professionista si traduce nella necessità di redigere le clausole che formano oggetto del regolamento contrattuale in modo chiaro e di facile intelligibilità, anche e soprattutto da un punto di vista strettamente formale (ad esempio, mediante l'adozione di un carattere grafico sufficientemente grande, similarmente a quanto avviene nella nuova normativa europea sulla protezione dei dati personali [26]); appare evidente che tale pre-

---

classica quelli tutelati dalla nullità, può essere affidata all'intervento di determinati soggetti che di quegli interessi sono nella fattispecie data gli occasionali depositari».

[24] D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 51: «*L'ibridazione delle tecniche di tutela potrebbe, allora, spiegarsi in considerazione della natura mista e composita degli interessi tutelati, riferibili al singolo contraente e, insieme, al mercato*».

[25] G. ALPA, *op. loc. ult. cit.*

[26] Il riferimento va senza dubbio all'art. 13 del Regolamento Europeo n. 679/16, c.d. "GDPR",

visione è preordinata a consentire al consumatore di poter conoscere effettivamente i contenuti del contratto predisposto dal professionista, minimizzando così il rischio di abusi.

Ed è in quest'ottica che viene in rilievo la nuova funzione della forma nei rapporti privatistici, la cui rilevanza in un'economia in cui le regole sono dettate dal contraente forte, va nel senso di tutelare il c.d. contraente debole (*id est*: il consumatore). La funzione della forma si sostanzia quindi in una serie di informazioni, che, eliminando le cc.dd. asimmetrie informative, che costituiscono uno degli elementi (se non il principale) atti a determinare lo svantaggio di un contraente nei confronti dell'altro, permettono al contraente stesso di conoscere in modo chiaro, trasparente ed esplicito il contenuto del contratto e le conseguenze cui va incontro, senza dover subire la determinazione della parte economicamente più forte.

Conseguentemente, la funzione moderna della forma, fatta propria dal codice del consumo, può essere individuata nella necessità di rendere quanto più trasparenti possibili i rapporti contrattuali, al fine di evitare approfittamenti di un contraente in danno dell'altro, così applicando in modo sostanziale il concetto di giustizia contrattuale commutativa che presiede alla normativa consumeristica.

Questa tendenza si può riscontrare certamente nella normativa consumeristica, ma più estesamente in tutti i settori del diritto, cui è già stato accennato qualche richiamo in precedenza, che presentino significative sperequazioni *inter partes*[27] relativamente alla possibilità di stipulare, se non un "giusto contratto" rigidamente paradigmatizzato, quantomeno un "contratto giusto", nella prospettiva e nella cornice ideologica di cui si è provato a tratteggiare i contorni *supra*[28].

Strettamente correlati appaiono gli altri due diritti riconosciuti come fondamentali per il consumatore, ossia correttezza ed equità.

---

che presenta alcune analogie a livello di *ratio legis* con la normativa consumeristica, in considerazione del fatto che esiste un chiaro squilibrio (in questo caso informativo) tra il titolare del trattamento (il quale, è bene sottolineare, riveste sempre il ruolo di imprenditore, proprio come il professionista nella normativa consumeristica), che delinea le caratteristiche del trattamento e sul quale verte un obbligo informativo dettagliato appunto nella poco sopra richiamata norma, e l'interessato, che per previsione regolamentare deve ricevere un'informativa chiara al fine di comprendere bene le conseguenze, in termini di trattamento dei dati personali, dell'inizio di una relazione contrattuale con la controparte.

[27] Non a caso, nella normativa giuslavoristica, anch'essa evidentemente connotata da uno squilibrio delle condizioni giuridiche e patrimoniali tra le parti, e anzi teleologicamente indirizzata a riequilibrare diritti ed obblighi all'interno del rapporto contrattuale, si può notare come non vi siano previsioni di forma *ad substantiam* in quella che è definita la "forma comune" di rapporto di lavoro, quella a tempo pieno e indeterminato, mentre qualsiasi pattuizione derogatoria e suscettibile di comportare sacrifici economici in capo al lavoratore (a titolo esemplificativo: apposizione di un termine; pattuizione di un periodo di prova; instaurazione di un contratto di apprendistato o a tempo parziale, entrambi suscettibili, per ragioni differenti, di ridurre la retribuzione del lavoratore che lo sottoscrive) prevedono la necessità della forma scritta a pena di nullità della clausola, proprio nella predetta funzione protezionistica applicata con identità di *ratio* anche al consumatore.

[28] Si veda, a titolo esemplificativo, l'obbligo del prospetto informativo del documento di sintesi nella vendita di valori mobiliari, o alla funzione informativa della forma nella legge sulla subfornitura (art. 2, legge n. 192/1998).

In relazione alla correttezza [29] si osserva che il legislatore, utilizzando questo termine, ha evidentemente inteso far riferimento alla buona fede in senso oggettivo [30], per aver fissato un parametro cui deve uniformarsi il comportamento del professionista e non lo *status* psicologico che connota l'*agere* di quest'ultimo.

Siffatto dovere di protezione, che permea tutte le varie tipologie della normativa protezionistica, si ricollega al basilare principio che disciplina il rapporto obbligatorio in generale (art. 1175 c.c.) e il contratto in particolare in tutte le sue fasi: genetica (art. 1337 c.c), interpretativa (art. 1366 c.c), funzionale (art. 1375 c.c.) e patologica (artt. 1455 e 1460, comma 2, c.c.), rimarcandosi come la correttezza detti una regola di condotta limitativa dell'autonomia negoziale e costituisca uno strumento per realizzare, attraverso il contratto, non soltanto interessi privati, ma anche finalità *latu sensu* sociali in ossequio alla nuova funzione che in tempi recenti la legislazione e la giurisprudenza hanno attribuito allo strumento contrattuale (quanto alla normativa si pensi ad esempio alla legislazione in tema di contratti agrari, subfornitura e usura; quanto alla giurisprudenza si pensi alla vendita *nummo uno* [31], alla presupposizione e alla rilevabilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva [32]).

---

[29] In generale, per una panoramica della dottrina sulla nozione di "correttezza" di cui all'art. 2, comma 2, lett. e), cod. cons. si vedano: CHINÉ, *Art. 2*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, Milano, 2006, 13; DONA, *Il Codice del Consumo regole e significati*, Torino, 2005, , 27; TRIPODI-BELLI, *Codice del Consumo*, Milano, 2006, 96; ALPA, *I diritti dei consumatori e degli utenti, un commento alle leggi 30.7.1998 n. 281 e 24.11.2000 n. 340 e al Decreto legislativo 23.4.2001 n. 224*, a cura di Alpa-Levi, Milano, 2001, 16; MINERVINI, *I contratti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998 n. 281, I contratti*, 1999, 940; ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corriere giuridico*, 1998, 999.

Sul punto si veda altresì BIANCA, *Il Contratto*, Milano, 2019, 505, il quale osserva che la buona fede in senso oggettivo è sinonimo di correttezza, affermando, in proposito, che «può dirsi che la buona fede in senso oggettivo o correttezza si riporta all'idea di fondo della solidarietà. Ma con riferimento alle parti del rapporto contrattuale essa esprime una concreta esigenza di solidarietà che può indicarsi come solidarietà contrattuale».

[30] Così MINERVINI, *op. cit.*, 940; TRIPODI-BELLI, *op. cit.*, 96, ove si afferma «Il diritto alla correttezza si sostanzia nella buona fede in senso oggettivo, richiedendo una valtazione degli interessi in gioco e delle caratteristiche del caso concreto. Esprime l'esigenza che, durante lo svolgimento del rapporto contrattuale, le parti si comportino secondo i canoni di lealtà e solidarietà».

[31] Cfr. Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506, secondo la quale tra il prezzo pagato dal compratore ed il valore del bene deve intercorrere un rapporto di tendenziale equivalenza delle prestazioni scambiate, in assenza del quale ricorre la sanzione della nullità del contratto per mancanza di causa. Nella motivazione della sentenza si legge, infatti che è noto «che nei contratti a prestazioni corrispettive il difetto di equivalenza, almeno tendenziale, delle prestazioni e, a maggior ragione, il difetto tout court della pattuizione di un corrispettivo o comunque della ragione della prestazione prevista comporta l'assoluta mancanza di causa del contratto». Sul tema mi permetto di rinviare a CAMILLETTI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, 117 ss.

[32] Cfr. sulla funzione *latu sensu* sociale della rilevabilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit., secondo cui «il potere del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva risponde ad una funzione oggettiva di controllo della autonomia privata – in sintonia con il principio costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti nego-

In particolare, negli ultimi anni, si è assistito ad una sempre maggior rivalutazione di questo concetto, il quale, grazie anche all'interpretazione che ne ha dato la giurisprudenza tramite la lettura costituzionalmente orientata delle norme privatistiche, ha avuto un campo di applicazione sempre più ampio, giungendosi ad affermare, in proposito, che il principio di correttezza e buona fede costituisce una applicazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 della Costituzione [33].

Nel codice del consumo, pertanto, il comportamento secondo correttezza si sostanzia in un vero e proprio obbligo, per il professionista, di non abusare della propria posizione dominante per imporre al consumatore un contratto che procuri al primo vantaggio eccessivo, a fronte di sacrifici ingiustificati per il secon-

---

ziali, e con la clausola di buona fede inerente anche alla fase della formazione del contratto – e può di conseguenza essere esercitata d'ufficio anche in difetto di istanza della parte stessa». Nella motivazione della sopra citata sentenza si legge, in particolare, che «– tornando al problema esegetico dell'art. 1384 c.c. – non può revocarsi in dubbio (anche alla stregua del superiore canone ermeneutico per cui "tra due interpretazioni possibili va di necessità prescelta quella conforme, o più conforme a Costituzione»: cfr. Corte cost. nn. 7, 11, 117, 188-1998) che il potere, ivi previsto, di riduzione ad equità della penale vada esercitato anche *ex officio* indipendentemente da un atto di iniziativa del debitore, configurandosi, esso come potere-dovere, attribuito al giudice per la realizzazione di interesse oggettivo dell'ordinamento.

Interesse che assume anzi, in questo caso, connotati di ancor più spiccata valenza, poiché – a fronte della innegabile (anche concorrente, se non prevalente) funzione sanzionatoria assolta dalla clausola penale – quell'interesse si specifica e consolida nell'esigenza (che si radica nel cuore della "giustizia del caso concreto", che il giudice è chiamato ad assicurare) di garantire l'adeguatezza e proporzione della sanzione all'illecito che essa è destinata a prevenire o reprimere».

L'indirizzo espresso nel 1999 è stato successivamente confermato dalla Sezioni Unite con la sentenza 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, 2885, nella cui motivazione si legge che «il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale».

[33] Cass., 24 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2159 ha affermato che i principi di correttezza e buona fede devono essere intesi come una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost, con la conseguenza che ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, ha il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali, o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.

Si vedano altresì Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Vita not.*, 2001, 331, secondo la quale «come si legge nella Relazione al codice civile, il principio di correttezza e di buona fede "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore". Esso opera, quindi, come un criterio di reciprocità che, nel nuovo quadro di valori introdotto dalla Carta Costituzionale, costituisce specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" tutelati dall'art. 2 Cost.: la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge», nonché Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Vita not.*, 1995, 674, secondo la quale «la normativa di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni, prevista da molteplici norme del nostro ordinamento (artt. 1175, 1374, 1375 ed altre), è confortata dal precetto costituzionale (art. 2 Cost.) che impone il rispetto dell'inderogabile dovere di solidarietà sociale ed esige attuazione piena, nei limiti di compatibilità con altri valori di pari grado e dignità».

do, così evitando che si realizzi, in applicazione dei principi ispiratori del Codice, una fattispecie in cui lo squilibrio contrattuale dipenda dall'unilaterale volontà impositiva del contraente forte in danno di quello debole: ed è questa la ragione fondante della previsione contenuta all'art. 33 del Codice, che fa coincidere le clausole squilibrate con quelle vessatorie, così saldandosi la previsione generale e programmatica dell'art. 2 con le ipotesi specifiche e particolari enucleate dall'art. 33 (nonché, in senso più grave, da quelle contenute nell'art. 36 – c.d. "*black list*" –).

Così come tratteggiata, la nozione di correttezza presenta punti di contatto con quella di equità, tali da non rendere chiaramente scindibili i due concetti, per aver entrambi gli istituti la funzione di attuare il principio solidaristico, così realizzando la giustizia contrattuale [34].

In proposito, appare opportuno sottolineare come per la giurisprudenza [35] anche l'equità (integrativa o correttiva) sia finalisticamente preordinata all'attuazione di principi solidaristici in quanto, essendo fondata sul principio di proporzionalità, deve necessariamente tendere alla realizzazione degli interessi di tutti i contraenti, senza attribuire ad alcuno di essi vantaggi ingiustificati.

Le due fattispecie non sono però del tutto coincidenti: ed invero, almeno a parere di chi scrive, il criterio distintivo tra correttezza ed equità consiste nel fatto che, mentre la prima, stabilendo una regola di condotta, riguarda le persone dei contraenti e quindi attiene al profilo soggettivo del contratto, la seconda riguarda il contenuto del contratto stesso, e attiene quindi al suo profilo oggettivo [36]; con il che, la correttezza si pone in un rapporto di strumentalità con l'equità, in quanto ad un comportamento scevro di abusi nella formazione del contratto, consegue un'equa determinazione del suo contenuto.

Il problema che si pone sul piano sistematico – interpretativo è quello di accertare se l'equità di cui all'art. 2 cod. cons., da coordinare evidentemente con uil significativo squilibrio di cui all'art. 33, debba essere inteso solo in senso normativo o anche economico, se cioè l'equità riguardi soltanto la regolamentazione dei reciproci diritti ed obblighi derivanti dal contratto, ovvero anche la congruità economica tra il valore delle prestazioni scambiate. E nella vigenza dell'art. 1, comma 2, lett. e), legge 30 luglio 1998, n. 281, dal quale l'art. 2 cod.

---

[34] R. ROLLI, *Le Attuali Prospettive di «oggettivazione dello scambio» verso la rilevanza della congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2001, 623, la quale sottolinea che la lettura operata dalla Cassazione sull'art. 1384 c.c. presenta profili innovativi in quanto ritiene normale e non eccezionale l'intervento sull'autonomia privata da parte del giudice, in applicazione dei precetti costituzionali solidaristici.

[35] Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, cit.

[36] M. BIANCA, *Il Contratto*, cit., 520, ha distinto tra equità e correttezza (o buona fede in senso oggettivo) affermando che «*la prima delimita i diritti e i doveri delle parti, e può essere da queste disattesa, perché alla loro decisione è rimessa la determinazione del contratto, mentre la seconda non si ferma a una delimitazione dei diritti e dei doveri delle parti, ma richiede un impegno di solidarietà che va oltre, e che obbliga ciascuna parte a tenere conto dell'interesse dell'altra, pur se si tratta di un interesse che non trova specifica tutela nella pretesa contrattuale o in altri diritti*».

cons. ha tratto la propria genesi, è stato sostenuto che il riferimento generico all'equità avrebbe potuto essere interpretato nel senso che la stessa fosse riferibile ad ogni aspetto negoziale, e quindi anche alla congruità tra prezzo e valore del bene o del servizio scambiato[37]. L'assunto, benché autorevolmente sostenuto, non appare condivisibile, quantomeno alla luce delle disposizioni di cui al codice del consumo: ed invero, come si è già sottolineato, la nozione di equità di cui all'art. 2 va letta in correlazione all'art. 33, comma 1, che considera vessatorie le clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio (concetto che trova nell'equità il suo elemento fondante) dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, specificandosi al successivo art. 34, comma 2, che la valutazione sul carattere vessatorio di una clausola non può attenere alla «*adeguatezza del corrispettivo*». Il concetto di equilibrio contrattuale così enucleato fa dunque riferimento al solo equilibrio contrattuale in senso normativo. Conseguentemente, in funzione del principio di omogeneità interpretativa, anche l'equità di cui all'art. 2 cod. cons. va intesa solamente come normativa, e non anche economica, perché, altrimenti, i due istituti protettivi del consumatore, in sede di applicazione pratica, sarebbero distonici l'uno con l'altro, in quanto la norma attuativa (ossia l'art. 33 cod. cons.) avrebbe un ambito di applicazione più ristretto della disposizione generale (l'art. 2); e se così fosse, ne verrebbe tradita la funzione, perché, attribuendo all'equità un contenuto diverso e limitato rispetto a quello che esso avrebbe come diritto fondamentale *ex* art. 2, attuerebbe il diritto del consumatore ad un contratto equo in modo solo parziale.

3. *Il concetto di vessatorietà nella giurisprudenza.*

Tornando più strettamente all'analisi dell'art. 33, appare opportuno, al fine di meglio descrivere il perimetro del concetto di vessatorietà, effettuare un approfondimento su alcune pronunce giurisprudenziali di merito e legittimità che hanno delineato i confini entro i quali trova concreta applicazione il c.d. "diritto vivente" in tema di diritti dei consumatori.

Tra le ipotesi che si potrebbero definire "di scuola" si può certamente individuare quella relativa all'apposizione di una clausola di individuazione specifica del foro esclusivamente competente per dirimere le controversie eventualmente insorte dal contratto stipulato tra professionista e consumatore; sia il legislatore sia l'interprete, specialmente attraverso il formante giurisprudenziale, si sono soffermati sulla necessità di provare lo svolgimento di trattative individuali volte a superare la mera unilaterale sottoscrizione della clausola in esame, sempre tenendo ben presente che la predetta disciplina deve considerarsi come esclusi-

[37] Così ALPA, *La Legge sui Diritti dei Consumatori*, cit., 999, secondo il quale «*più complessa è la definizione di equità, che può implicare sia parità di trattamento, sia conguità del prezzo, sia considerazione della situazione concreta e specifica del consumatore*».

vamente posta a tutela del consumatore, con tutte le conseguenze di natura ermeneutica che ne discendono [38].

Quanto sopra trova la sua giustificazione nella necessità che il principio di libertà contrattuale operi a livello sostanziale, consentendo in tal modo al consumatore di concorrere alla determinazione del contenuto del contratto stesso; come è stato sin da subito rilevato dalla dottrina dopo l'emanazione del codice del consumo [39], il criterio (probatorio) finalizzato a dimostrare l'effettivo sostenimento delle trattative propedeutiche al raggiungimento dell'accordo contrattuale deve abbracciare un criterio eminentemente sostanzialistico e non formalistico, di talché clausole *standard* o frasi rituali quali, a titolo esemplificativo, «*dopo concorde determinazione delle clausole*» o «*in seguito ad approfondita ricognizione e discussione*» non rilevano ai fini della prova sull'effettiva sussistenza delle trattative; la *ratio* di detta previsione affonda nell'evidenza logica secondo cui, qualora il consumatore possa provare di avere negoziato, con ruolo attivo nella trattativa, le singole clausole contrattuali, non rivestirebbe più un ruolo "passivo" nel rapporto, subendo il regolamento contrattuale da altri predisposto, verificandosi così la caducazione dell'esigenza di approntare una tutela rafforzata da parte dell'ordinamento, che costituisce la ragione per cui la clausola incriminata viene sanzionata con la nullità (seppur *sui generis*).

La trattativa individuale, secondo la dottrina [40] e la giurisprudenza [41], ricorre

---

[38] Sul punto è fiorito un copioso numero di sentenze sia di merito sia di legittimità; è utile richiamare, *ex multis*, Trib. Milano, 25 marzo 2015, n. 3882, secondo cui: «In materia di tutela del contraente più debole, l'esclusione dall'applicazione della disciplina di protezione del consumatore, di clausole vessatorie, quale quella che stabilisce la deroga convenzionale al foro esclusivo del consumatore, è consentita solo quando la clausola abusiva sia stata oggetto di specifica trattativa, seria, effettiva ed individuale».

Per quanto riguarda le pronunce di legittimità, si veda Cass. civ., 24 gennaio 2014, ove si legge: «Nelle controversie tra consumatori e professionisti (nella specie tra avvocato e cliente) la competenza territoriale esclusiva spetta, *ex* art. 1469-*bis* c.c., al giudice del luogo della sede o del domicilio elettivo del consumatore, ritenendosi vessatorie le clausole con le quali si individua come sede del foro competente una diversa località. A beneficiare di tale disciplina è il consumatore, da intendersi come la persona fisica che, anche se svolge attività imprenditoriale o professionale, conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze di vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività».

[39] Rimando nuovamente a F. CAMILLETTI, *Commentario al Codice del Consumo*, cit., 180-181.

[40] Si veda – il riferimento bibliografico rimanda a uno scritto antecedente alla promulgazione del codice del consumo, ma le nozioni ivi espresse restano assolutamente valide anche allo stato dell'arte – L.A. SCARANO, *Commento sub art. 1469-ter, 4° comma c.c.*, in G. ALPA-S. PATTI, *Le Clausole Vessatorie nei Contratti dei Consumatori*, Giuffrè, Milano, 2003, 978.

[41] Trib. Modena, 30 maggio 2013, n. 884, sempre in tema di foro esclusivamente competente: «La trattativa che esclude l'applicabilità della disciplina a tutela del consumatore deve essere condotta con attiva partecipazione personale dei titolari del rapporto contrattuale ovvero dai formali autori del contratto (potendo senz'altro ammettersi che essa sia svolta dai rappresentanti del professionista e del consumatore, sicché il carattere individuale della trattativa non sembra allora da considerarsi precluso nemmeno nell'ipotesi della contrattazione collettiva). Quanto ai contenu-

al verificarsi di due condizioni: la prima è che le parti abbiano congiuntamente avanzato, esaminato e discusso le reciproche dichiarazioni di proposta e accettazione (eventualmente attraverso anche la formulazione di alcune controproposte), coinvolgendo tutte le clausole di cui il contratto si compone; la seconda riguarda la libertà di determinazione del contenuto del contratto, ossia, il fatto che le due parti abbiano effettivamente esplicato la propria autonomia negoziale.

Va ad ogni modo segnalato che, nonostante l'orientamento maggioritario dottrinale e giurisprudenziale si sia espresso nel senso che le tre clausole cc.dd. "*black list*" costituiscano una presunzione assoluta di vessatorietà, esiste un orientamento dottrinale minoritario che ritiene che il legislatore, a mezzo della previsione *de qua*, abbia semplicemente stabilito che la vessatorietà non debba ritenersi esclusa dall'effettivo sostenimento di trattative contrattuali, con la conseguenza che il professionista può provare, di volta in volta e facendo riferimento al singolo caso concreto, che la clausola integrante una delle fattispecie vietate dalla "lista nera" non sia per forza vessatoria, atteso che non comporta un reale squilibrio in danno del consumatore [42].

Va infine specificato che il codice del consumo (art. 33, comma 3) prevede un'esclusione *ope legis* di vessatorietà delle clausole riproduttive di disposizioni di legge: è possibile rinvenire la *ratio* di tale norma nella presunzione di meritevolezza della norma legislativa, atteso che l'esigenza di certezza del diritto verrebbe potenzialmente compromessa in modo grave qualora delle clausole pattizie riproducenti le disposizioni normative dovessero venire sottoposte al giudizio di vessatorietà [43]; più discussa, invece, l'opportunità di sottoporre a giudizio di vessatorietà clausole riproduttive di norme aventi rango regolamentare, ipotesi su cui in dottrina si riscontrano alcune divergenze ermeneutiche [44].

---

ti, l'esclusione dell'applicazione della disciplina di protezione in questione è consentita con esclusivo riferimento a quelle clausole che abbiano costituito singolarmente oggetto di specifica trattativa, seria ed effettiva. Mentre la restante parte, non negoziata, del contratto rimane assoggettata alla disciplina di tutela del consumatore, ivi compresa quella concernente il c.d. foro del consumatore».

[42] Si veda A. BARENGHI, *Le Clausole Vessatorie*, in *Codice del Consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2006, 162 ss.

[43] Si noti, tuttavia, che tale previsione, pur ragionevolmente motivata dall'esigenza esposta nel testo, è suscettibile di creare una distorsione a sfavore del consumatore (dunque in controtendenza rispetto alla direzione perseguito dall'intero *corpus* della normativa consumeristica), e segnatamente la possibilità per il professionista di inserire clausole che sono oggettivamente sfavorevoli per il consumatore, ma che vengono sottratte *ex ante* dalla valutazione di vessatorietà.

[44] Il richiamo va a A. BARENGHI, *op. cit.*, 162.