



## EQUILIBRIO “NORMATIVO” ED “ECONOMICO” NEI CONTRATTI DEL CONSUMATORE, TRA DIRITTO INTERNO E COMUNITARIO. BREVI RIFLESSIONI SUL SINDACATO DI VESSATORIETÀ DEL GIUDICE.

SALVATORE VIGLIAR

SOMMARIO: 1. La spinta comunitaria tra “contratto” e “contratti” – 2. I contratti del consumatore e le clausole vessatorie. “Buona fede oggettiva”, “soggettiva” e “significativo squilibrio” – 3. “Scambio giusto” e limiti alla discrezionalità del giudizio di vessatorietà. Equilibrio economico o normativo? – 4. Proporzionalità, mercato, persona.

1. – L’ampio e articolato quadro normativo predisposto negli anni dal legislatore comunitario ha inciso in misura rilevante sulle dinamiche del diritto dei contratti, sia a livello concettuale che meramente tecnico ed operativo.

Da un lato, infatti, nel quadro degli obiettivi di “armonizzazione” propri dell’Unione, sono stati avviati ambiziosi progetti (rimasti per lo più in fase “embrionale”) di “armonizzazione” del diritto contrattuale europeo, rappresentati, ad esempio, dal secondo libro del *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*<sup>1</sup>, dai *Principles of European Contract Law (PECL)*<sup>2</sup>, o ancora, in una visione internazionalistica, dai *Principi Unidroit*<sup>3</sup>.

Dall’altra parte, nei singoli ordinamenti nazionali il recepimento delle normative settoriali di matrice comunitaria (consumatore, impresa debole, ritardo dei

---

<sup>1</sup> Nel 2008 è stato pubblicato il testo di un progetto di codice civile europeo, ribattezzato “progetto di un quadro comune di riferimento” (appunto, *Draft common frame of reference*), predisposto da una commissione di accademici, poi aggiornato nel 2009. Sul tema si rimanda a G. ALPA - U. PERFETTI - P. ZATTI - G. IUDICA, *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009.

<sup>2</sup> All’inizio degli anni ottanta, una commissione formata da giuristi di vari paesi della Comunità europea, costituita su indicazione della Commissione e per iniziativa di Ole Lando, professore alla Business School di Copenhagen, iniziò ad elaborare i “Principi di diritto europeo dei contratti” e delle obbligazioni. Sul tema cfr. C. CASTRONOVO, *I “principi di diritto europeo dei contratti” e l’idea di codice*, in *Riv. dir. comm. e obbl.*, 1995, I, p. 21-38; G. ALPA, *I Principles of European Contract law predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483 ss.

<sup>3</sup> I Principi UNIDROIT, pubblicati nel 1994, possono essere considerati un “esperimento” di codificazione di un sistema giuridico sovranazionale delle transazioni internazionali. Essi sono stati elaborati in seno all’UNIDROIT – *International Institute for the Unification of Private Law* – organizzazione internazionale indipendente. Sul tema v. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. comm. dell’ec.*, dir. da F. Galgano, Vol. XXX, Padova, 2003.



pagamenti<sup>4</sup>) ha posto in discussione i presupposti del diritto contrattuale municipale, avviando un intenso dibattito dottrinale che spazia da problematiche di carattere interpretativo o di riordino della gerarchia delle fonti a temi più generali di politica del diritto.

In particolare, l'elemento della "debolezza"<sup>5</sup>, che ha generato l'elaborazione di una strategia "difensiva" in favore dei consumatori<sup>6</sup> consistente nella predisposizione di un ampio ventaglio di strumenti di correzione delle dinamiche contrattuali che interessa tale "categoria" di soggetti, ha condotto alcuni interpreti ad affermare l'emersione di un orientamento marcatamente solidaristico che si "insinua" nelle maglie del diritto dei contratti, conducendo sino all'affermazione di un principio di "giustizia contrattuale", contrapposto al generale paradigma volontà/autonomia negoziale delle parti, proprio del codice civile del 1942<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> In tale ambito bisogna menzionare in primo luogo la disciplina dei contratti conclusi dai consumatori, attuativa della direttiva 93/13/CEE, introdotta nel codice civile dalla legge n. 52 del 1996 e da ultimo confluita nel Codice del Consumo; degna di nota è altresì la legge 18/6/1998 n. 192 in materia di subfornitura nonché il d.lg. 9/10/2002 n. 231 in attuazione della direttiva n. 2000/35/CE sui ritardi nei pagamenti commerciali delle imprese ed ancora il d.lg. 21/5/2004, attuativo della direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria.

<sup>5</sup> Sul tema del cd. soggetto debole si rimanda ai lavori di M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in A. Pace (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Vol. I, Milano, 1999; G. ALPA, *I nuovi mondi e i diritti della persona*, in G. Visintini (a cura di), *Il diritto dei nuovi mondi*, Padova, 1994, p. 501 ss.; ID., *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993; P. CENDON, *I diritti delle persone deboli*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Legge, diritto, giustizia. Annali 14*, Torino, 1998, p. 179 ss.; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002; F. MARINELLI, *La tutela civile dei soggetti deboli*, in *Giust. civ.*, II 1994, p. 166; J. ESPINOZA, *Tutela giuridica dei soggetti deboli: il risveglio dei sogni dogmatici dei giuristi*, in *Riv. dir. priv.*, 1993, p. 427 e ss.; P. STANZIONE, *La tutela dei soggetti deboli*, Milano, 2004.

<sup>6</sup> Tra i primi contributi sul tema si rimanda a V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti, (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 63 ss.

<sup>7</sup> Per un'indagine sull'attuale evoluzione del principio di autonomia negoziale si rimanda, *ex multis* a P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991, p. 170 ss.; A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, Milano, 1998, p. 11 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006; CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, München, 1997; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 417 ss.; ID., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr./Eur.*, 2005, p. 509 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, passim; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, p. 43 ss.; MATHER, *Contract law and morality*, London, 1995; A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Politica de l diritto*, 2003, p. 327 ss.; AA.VV., *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli, 2006, passim; L.V. MOSCARINI, *Riflessioni sul tema del "contratto giusto"*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, 2, Milano, 2006, p. 617 ss.; E. NAVAQRRETTA, *Causa e giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 411 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 314; A. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 274 ss.; A. SOMMA, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 20 ss.; ID., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 920 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*,



L'introduzione del principio di "giustizia contrattuale", quale elemento di valutazione e inibizione della sussistenza di un "contratto ingiusto"<sup>8</sup> (*genus* che comprende il contratto "squilibrato" o "asimmetrico"<sup>9</sup>), ha portato alcuna dottrina ad individuare un approccio "etico" del legislatore nel quadro di una progressiva "oggettivizzazione" del regolamento contrattuale<sup>10</sup>.

In tale contesto, bisogna però considerare l'ambito sostanzialmente specialistico dei recenti interventi di riforma, che non permettono l'estrapolazione di nuovi dogmi generali, quanto piuttosto l'individuazione di precise tendenze evolutive che incidono primariamente sulle *species* di scambio oggetto della presente analisi, in un'ottica che contempli l'imprescindibile rapporto gerarchico sussistente tra normativa generale e diritti secondi<sup>11</sup>.

2. – La tutela del consumatore, inteso quale nuova figura destinataria di una precisa disciplina di "protezione", si è distinta come uno dei più controversi ambiti di commento e discussione da parte della letteratura civilistica italiana<sup>12</sup>.

---

Napoli, 2004; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni nei contratti di leasing*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 309 ss.

<sup>8</sup> V. U. PERFETTI, voce *Ingiustizia del contratto*, in *Enc. dir. trecc.*, 2013: "Il riferimento alla giustizia (o, all'opposto, all'ingiustizia) del *contratto* evoca l'aspirazione a contrattazioni equilibrate e, contestualmente, allude ai mezzi utili a tale scopo; il discorso richiama il dilemma sull'atteggiamento che si ritiene debba assumere l'ordinamento: *laico*, quale semplice garante del libero manifestarsi delle *forze* (soprattutto economiche) che fanno da scenario alla contrattazione ed insensibile agli esiti del loro incontro, se non in casi eccezionali quando – ad esempio – una patologia colpisca la manifestazione del consenso, o vada protetto uno dei contraenti particolarmente *debole*; oppure *etico*, difensore di un'equità considerata valore rilevante di per sé, tale da giustificare l'*intrusione* nel contratto e l'*antagonismo* nel rapporto con l'autonomia privata al cui manifestarsi viene posto il limite insuperabile dell'equilibrio delle prestazioni".

<sup>9</sup> Sul tema si rimanda a A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali, V, 2012 e ancora V. ROPPO, *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il terzo contratto)*, in *Remedies in Contract*, a cura di G. Vettori, Padova, 2008, p. 205.

<sup>10</sup> Alcuni autori hanno sostenuto il progressivo "avvicinamento" tra la legislazione giuslavoristica e il diritto dei contratti, nell'ottica di un riequilibrio delle posizioni delle parti contraenti che opererebbe a prescindere da un effetto anticoncorrenziale. In tal senso v. A. PERULLI, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 4, p. 427. Contro questa interpretazione alcuna attenta dottrina ha affermato che "il richiamato dibattito civilistico mentre verte sulla unitarietà del diritto speciale del contraente debole, non sembra invece svelare momenti di continuità tra il (nuovo) diritto civile dei contratti - un diritto che ha come scopo esclusivo quello di regolare il mercato -, ed il diritto speciale del lavoro". Così A. PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 718.

<sup>11</sup> V. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Diritto civile e diritti speciali*, a cura di A. Plaia, Milano, 2008, p. 5 ss.

<sup>12</sup> Nell'ampia letteratura sul tema si rimanda, in particolare, a P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in P. Perlingieri – E. Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Rende-Napoli, 2005; E. CAPOBIANCO - G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del Consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009; G. ALPA, *Il codice del consumo. Il commento*, in



Il recepimento della direttiva 93/13/CEE, prima confluita agli artt. 1469 bis ss. del codice civile, con la legge 52 del 6 febbraio 1996 e, successivamente, con il d.lgs. 206 del 6 settembre 2005 ricompresa entro il c.d. “codice del consumo” agli artt. 33 ss., ha promosso un innovativo sistema di tutele che, affiancandosi alle prescrizioni in tema di condizioni generali di contratto, affermava la necessità di intervenire sui rapporti contrattuali intercorrenti tra il consumatore, inteso come quel soggetto che accede al mercato per scopi meramente personali (da cui il concetto di “causa di consumo”<sup>13</sup>) e il professionista, definito come la persona fisica o giuridica, sia

---

*Contratti*, 2005; ID., *I diritti dei consumatori e il “Codice del consumo” nell’esperienza italiana*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006; ID., *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista, Treviso, 23-24-25.3.2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, n. 6; R. ANGELINI, *Art. 18. Definizioni*, in V. Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, 2ª ed., Milano, 2008; C.M. BIANCA (a cura di), *La vendita di beni di consumo. Artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Padova, 2006; R. CALVO, *Il concetto di consumatore, l’argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contr. impr./Eur.*, 2003; ID., *Tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim.*, 2004; ID., *I contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, dir. da F. Galgano, XXXIV, Padova, 2005; ID., *Il Codice del consumo tra «consolidazione» di leggi e autonomia privata*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006; C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I, Milano, 2007; E. CESARO, *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206)*, 4ª ed., Padova, 2007; G. CHINÈ, *Il consumatore*, in N. Lipari (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, I, 2ª ed., Padova, 2003; ID., *La nozione di consumatore nel diritto vivente*, in ALPA - CAPILLI (a cura di), *Lezioni di diritto privato*, Padova, 2007; V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2006; G. D. CRISTOFARO, *Il «Codice del consumo». Un’occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005; ID., *Il «Codice del consumo»*, in *Nuova leg. civ. Comm.*, 2006; F. GALGANO, *Un codice per il consumo*, in *Vita not.*, 2007; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in A. Gentili (a cura di), *I rimedi*, in *Trattato del contratto* V. Roppo, IV, Milano, 2006; ID., *Codice del consumo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Aggiornamento, III, 1681, Torino, 2007; A. PALMIERI, *Alla (vana?) ricerca del consumatore ideale*, in *Foro it.*, 2005, I; A. PALMIERI, *Arriva il codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) completa tra addii e innovazioni*, in *Foro it.*, 2006, V; S. PATTI, *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II; ID., *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, in F.D. Busnelli (a cura di) *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2003, p. 1071; N. REICH, *Il consumatore come cittadino – Il cittadino come consumatore: riflessioni sull’attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell’Unione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II; L. ROSSI CARLEO, *Art. 3, Definizioni, comma 1, lett. f), codice*, in G. Alpa – L. Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005; ID., *Il Codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006; P. STANZIONE – G. SCIANCALEPORE, *Commentario del codice del consumo*, Trieste, 2006 P. STANZIONE - A. MUSIO, *La tutela del consumatore*, Vol. XXX, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2009; G. VILLANACCI (a cura di), *Manuale del diritto dei consumi*, Napoli, 2007.

<sup>13</sup> Secondo il disposto dell’art. 3, comma 1, del codice del consumo, si intende per “consumatore” o “utente”, “la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”. Sulla nozione di “consumatore” si rimanda brevemente ad alcune tendenze interpretative fornite dalla giurisprudenza negli ultimi anni. Cfr. Trib. Roma, 20 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 645, per cui: “È consumatore anche colui che acquista un bene o richiede la prestazione di un servizio nel quadro dell’attività professionale svolta, qualora la stipulazione del relativo contratto non sia inquadrabile tra le manifestazioni di tale attività” (così anche Trib. Lucca, 4 luglio 2000, in *Giur. merito*, 2001, 6); Cass., sez. I civ., 25 luglio 2001, n.



pubblica che privata, che utilizza il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale<sup>14</sup>.

Secondo il primo comma dell'art. 33 cod. cons. è considerata vessatoria quella clausola che nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista, (...) *malgrado la buona fede*, determina a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Tali clausole, inoltre, dovranno “sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile”, da cui il c.d. obbligo di *trasparenza* (art. 35, comma 1, cod. cons.), e potranno essere ritenute nulle *ex lege* fino a prova contraria (si parla, a tal proposito, di “nullità di protezione”), nonché oggetto di un giudizio di vessatorietà volto ad accertarne la sussistenza con riferimento al caso concreto, su istanza del consumatore o su iniziativa del giudice stesso.

Escluse dall'analisi le ipotesi di “vessatorietà/nullità automatica”, numerose difficoltà interpretative ha invece suscitato *in primis* la lettera dell'art. 33 cod. cons., inquadrato come norma “descrittiva”, che traccia i caratteri di vessatorietà delle clausole e, in seconda luogo, con riferimento ai “limiti” del giudizio di abusività imposti dall'art. 34 cod. cons.

Ad una prima lettura, il richiamo al canone di buona fede operato dal legislatore nazionale con una formula di non facile decifrazione (“malgrado la buona fede”) si connoterebbe sostanzialmente quale primo criterio/filtro di valutazione giudiziale della vessatorietà della clausola.

Il dettato dell'art. 33 cod. cons. parrebbe rimandare ad un'accezione “soggettiva”, quale “convinzione di non ledere l'altrui diritto”, o, secondo alcuna

---

10127, in *Giur. it.*, 2002, 543, con nota di FIORIO: “Deve essere considerato consumatore e beneficia della disciplina di cui agli art. 1469 bis seg. c.c. la persona fisica che, anche se svolge attività imprenditoriale o professionale, conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività; mentre deve essere considerato «professionista» tanto la persona fisica quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che invece utilizza il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale e professionale, ricomprendendosi in tale nozione anche gli atti posti in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'impresa”. V. anche C. MAZZÙ, *Bipolarità dell'atto di consumo: neutralità, oggettivazione dello scambio e rilievo dei profili soggettivi. Ideologia e dogmatica del codice del consumo*, in *Comp. dir. civ.*, ([www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it)).

<sup>14</sup> In proposito v. Cass., 8 giugno 2007, n. 13377, in *Giust. civ.*, 2008, I, 996, per cui “non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale”. Cfr. anche Cass., 23 febbraio 2007, n. 4208, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 2; Cass., 9 novembre 2006, n. 23892, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 11; Cass., 13 giugno 2006, n. 13643, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 6; Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Rep. Foro it.*, 2002, Contratto in genere n. 335. In giurisprudenza comunitaria si veda anche CGE, 20 gennaio 2005, causa C-464/01, in *Racc.*, 2005 I-439, per cui: “un soggetto che ha stipulato un contratto relativo ad un bene destinato ad un uso in parte professionale ed in parte estraneo alla sua attività professionale non ha il diritto di avvalersi del beneficio delle regole di competenza specifiche previste dagli artt. 13-15 della detta Convenzione, a meno che l'uso professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo irrilevante a tale riguardo il fatto che predomini l'aspetto extraprofessionale”.



dottrina, rispettando il tenore letterale del testo in lingua inglese della citata direttiva<sup>15</sup>, la buona fede verrebbe inquadrata in un contesto oggettivo<sup>16</sup>, intesa come “precetto di non abusare del potere di regolamentazione del contratto per imporre clausole vessatorie a carico della controparte”<sup>17</sup>.

Bisogna inoltre rilevare che il concetto di buona fede utilizzato dal legislatore comunitario è mutuato dalla tradizione civilistica tedesca, all'interno della quale esso si pone come un “precetto che impone al predisponente di esercitare il suo potere in conformità del principio di equità”<sup>18</sup>. A sostegno di questo orientamento, il sedicesimo considerando della direttiva 93/13, afferma che “*il professionista può soddisfare il requisito di buona fede trattando in modo leale ed equo con la controparte, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi?*”.

Il più articolato significato attribuito dall'ordinamento italiano alla “buona fede” - alla luce del vasto ruolo che essa ricopre già all'interno della disciplina generale dei contratti, nonché intesa più in generale quale parametro di valutazione dell'esercizio abusivo di un diritto<sup>19</sup> - non sembra però fornire un riferimento chiaro ed esaustivo

---

<sup>15</sup> Art. 3 (1) dir. 93/13/CEE: “*A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer?*”.

<sup>16</sup> Intendendo l'art. 33 cod. cons. nel senso che: “Nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista si considerano vessatorie le clausole che, *in contrasto con la buona fede*, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”.

<sup>17</sup> Così C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2006, p. 380.

<sup>18</sup> Così G. TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. impr.*, 2, 1998, p. 489. Sul punto si rimanda all'ampia disamina svolta da A. MUSIO, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001, passim.

<sup>19</sup> V. Cass. civ., sez. III, 18-09-2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85, con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI: “la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.)” per cui “posto che: a) la sussistenza di un abuso del diritto, presupponendo l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto al fine di conseguire obiettivi diversi da quelli indicati dal legislatore, non richiede il concorso dell'assenza dell'utilità per il titolare e dell'animus nocendi; b) l'esercizio del recesso *ad nutum*, ancorché contrattualmente previsto, può configurare un abuso; c) in ambito contrattuale è ammissibile un controllo di ragionevolezza, in funzione del contemperamento degli opposti interessi delle parti; d) nella sfera di valutazione del giudice investito di una controversia contrattuale rientra la considerazione delle posizioni delle parti, quali soggetti deboli o economicamente forti, va cassata, in parte qua, la sentenza di merito che, nel ritenere legittimo il recesso da una serie di contratti di concessione di vendita, esercitato da un'impresa automobilistica in forza di apposita disposizione negoziale, non ha valutato le circostanze allegare dai destinatari degli atti di recesso, quali impeditive del suo esercizio ovvero fondanti il diritto al risarcimento per il suo carattere abusivo”. Sulla clausola di buona fede, *ex multis* si rimanda a: L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, 1988, p. 176; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2° ed., 2004; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu – F. Messineo e continuato da L. Mengoni, III, t.1 Milano, 1988, p. 433.



rispetto alla volontà del legislatore comunitario, soprattutto per ciò che attiene le finalità della normativa in analisi, ma sovrapporrebbe i consolidati ambiti di operatività della normativa generale dell'ordinamento interno rispetto alle strategie proprie di una disciplina contrattualistica di carattere eminentemente settoriale.

Più che evocare un parametro che richiama la clausola di buona fede – sia essa intesa in senso oggettivo o soggettivo - pare pertanto che il legislatore comunitario abbia voluto rafforzare il concetto di “abusività” della clausola nei contratti dei consumatori, subordinandolo ad un differente e più ampio principio ordinante, di carattere marcatamente tecnico-giuridico, che andrebbe rintracciato primariamente nel richiamo al *significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi*.

In altre parole, nella fattispecie concreta la buona fede non andrebbe intesa quale canone di lettura privilegiato ai fini della ricognizione giudiziale della nullità della clausola, ma come un parametro valutativo alternativo indicato dal legislatore sovranazionale che, ricercando l'equità e la lealtà del comportamento del professionista, può concorrere ad integrare la più ampia nozione di “*significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*”<sup>20</sup>.

In tal senso, ad esempio, posta la sua validità come dovere generale di condotta esteso alle fasi di formazione ed esecuzione del regolamento contrattuale, il comportamento secondo buona fede del contraente “forte” non rilevarebbe ai fini della prova della non vessatorietà della clausola abusiva<sup>21</sup>.

Pertanto, più che ad uno “squilibrio” racchiuso in un generale paradigma di buona fede, il legislatore comunitario si riferirebbe – per ciò che concerne la lettera dell'art. 3 della direttiva - ad un *significativo* squilibrio che non attiene soltanto al mancato rispetto di un dovere comportamentale ma, in senso più ampio, alla lesione di un dovere di solidarietà combinato ad un più generico effetto anticoncorrenziale frutto della abusività delle clausole predisposte dal “professionista” che conduce all'esigenza di garantire uno scambio “giusto”<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Dalla lettura della direttiva la buona fede sembrerebbe rappresentare un criterio sussidiario di valutazione dell'abusività con riferimento alle clausole contenute in particolari categorie di contratti, quali, ad esempio, quelli in cui si presupponga una “solidarietà fra utenti”, propria delle “attività professionali a carattere pubblico per la prestazione di servizi collettivi”. Cfr. sul punto il considerando 16 della direttiva 93/13/CEE.

<sup>21</sup> Cfr. N. SALANTRO, *La direttiva comunitaria sulle “clausole abusive” e la disciplina dei contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, p. 549 e A. MUSIO, *La buona fede*, cit., p. 206.

<sup>22</sup> Cfr. preliminarmente quanto enunciato dal secondo considerando della direttiva 93/13/CEE: “considerando che le legislazioni degli Stati membri relative alle clausole nei contratti stipulati tra il venditore di beni o il prestatario di servizi, da un lato, ed il consumatore, dall'altro, presentano notevoli disparità, con il risultato che i mercati nazionali relativi alla vendita di beni ed all'offerta di servizi ai consumatori differiscono l'uno dall'altro e possono manifestarsi distorsioni di concorrenza tra i venditori di beni e i prestatori di servizi soprattutto in caso di commercializzazione in altri Stati membri”. Sul tema si veda quanto condivisibilmente sostenuto da P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss. (ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 461), per cui “se il principio della libera concorrenza – di



3. – Con specifico riferimento all’ambito di applicazione del sindacato di vessatorietà operato dal giudice, l’art. 34 cod. cons. rappresenta un articolato sistema di modalità e criteri per la sua realizzazione.

Nel primo comma, si specifica preliminarmente che il giudizio debba vertere sulla natura del bene, avendo inoltre riguardo a tutte le circostanze riferibili alla fattispecie concreta.

Quanto ai comma successivi, il legislatore configura alcuni precisi limiti: *a)* la vessatorietà non potrà essere estesa alle norme che riproducano disposizioni di legge o che siano state oggetto di contrattazione individuale; *b)* la valutazione delle clausole “non attiene alla determinazione dell’oggetto del contratto, né all’adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile”.

Il legislatore nazionale, pertanto, nel recepire l’art. 4, par. 2 della direttiva 93/13/CEE, oltre ad escludere tutte le clausole strettamente collegabili ad una norma di legge o, ancora, contrattate espressamente dal consumatore e dal professionista (su quest’ultimo graverà inoltre l’onere di provare l’avvenuta negoziazione), limiterebbe il potere d’indagine del giudice a ciò che attiene l’oggetto dello scambio ed il corrispettivo dei beni e dei servizi, ammettendolo esclusivamente qualora questi elementi siano stati viziati da un deficit di informazione e/o di trasparenza in misura tale da giungere alla percezione del consumatore in modo poco chiaro o non adeguatamente comprensibile.

Il potere discrezionale del giudice, dunque, secondo l’opinione di ampia parte della dottrina, consisterebbe in un mero controllo in merito all’equilibrio delle condizioni contrattuali (c.d. equilibrio normativo)<sup>23</sup>, il cui insuperabile dogma verrebbe sancito dall’obbligo di trasparenza, nonché dal ruolo centrale ricoperto dalla clausola di buona fede, intesa come principio giustificatore dell’attività di “riequilibrio” propria della disciplina delle clausole abusive<sup>24</sup>.

---

là dal compito di assicurare l’offerta del prodotto o del servizio migliore al prezzo più conveniente – e se la giustizia dello scambio individuale configurano un portato della libertà di mercato (che, mediante la concorrenza, riduce al minimo la possibilità degli operatori di porre in essere comportamenti abusivi), ne consegue che entrambi devono vietare sia il dumping sia l’abuso di posizione dominante, si da raggiungere l’indipendenza economica ed il tendenziale equilibrio contrattuale e garantire, quindi, il corretto funzionamento dello stesso mercato”.

<sup>23</sup> Cfr. S. MONTICELLI, *sub art. 1469-ter, Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. Cesaro, I, Padova, 1998, p. 535; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Foro. it.*, 1996, V, 146; A. BARENGHI, *Sub art. 1469-bis (clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore), La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. Barengi, Napoli, 1996, p. 46; S. TROIANO, *Art. 1469-bis, 1° comma, «Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto»*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, cit., p. 6 s.; G. BENEDETTI, *L’equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori*, in Ferroni (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*, Napoli, 2002, p. 39 ss.

<sup>24</sup> Cfr. R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 968.



Seguendo tale prospettiva, la vessatorietà delle clausole non riguarderebbe ciò che viene definito come c.d. “equilibrio economico” del contratto, inteso da alcuni come equivalenza (in senso lato) delle prestazioni<sup>25</sup>, per cui l'autonomia operativa della nozione di “significativo squilibrio” verrebbe circoscritta entro l'ambito dello squilibrio normativo, di cui “tipo” principale è lo squilibrio informativo<sup>26</sup>.

A questo proposito bisogna rilevare che già in passato, in sede di un autorevole convivio riunitosi per raccogliere le testimonianze dei paesi dell'Unione a cinque anni dall'emanazione della direttiva in esame<sup>27</sup>, si era ribadito in via preliminare il rapporto di indipendenza tra il criterio del “significativo squilibrio” e il criterio della “buona fede” e, quanto al primo elemento, si era rilevata la scarsità di proposte o esperienze relative alla sua applicazione.

Infine, si concludeva sostenendo il principio di “significativo squilibrio” fosse “un mezzo di protezione contro l'abusività sostanziale delle clausole”, mentre la buona fede era posta a protezione dei consumatori prevalentemente contro un'abusività di tipo procedurale<sup>28</sup>.

Seguendo queste interessanti (anche se poco considerate) riflessioni si farebbe largo una più chiara visione dell'intervento comunitario: da un lato, la contrarietà alla buona fede potrebbe essere ricollegata allo “squilibrio informativo” dettato dalla non conformità della clausola contrattuale al principio di trasparenza, ma, dall'altro, lo stesso non si potrebbe dire del più generico principio di “significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi”, che attenendo al carattere *sostanziale* dell'abusività non ricomprenderebbe soltanto un'accezione di tipo “normativo”, estendendosi ad un sindacato di abusività che rilevi, ad esempio, una “sproporzione macroscopica e ingiustificata” tra le stesse prestazioni<sup>29</sup>.

Ciò che si vuole sostenere, in altri termini, è la non corretta formulazione della citata bipartizione tra equilibrio “normativo” ed “economico”, che condurrebbe esclusivamente verso una enfaticizzazione di un presunto vincolo assoluto posto a contenimento dei poteri del giudice sul controllo del contenuto contrattuale<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> In altre parole, inteso come “corrispondenza soggettiva patrimoniale dei sacrifici di sono tenute per contratto le parti”. Così S. LANDINI, *Equilibrio economico del contratto ed interpretazione*, in *Danno e Resp.*, 2011, 5, p. 515.

<sup>26</sup> E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, p. 128 ss.; ID., *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 377 ss.

<sup>27</sup> Il riferimento è al Convegno tenutosi a Bruxelles nel luglio del 1999, i cui atti possono essere reperiti all'URL: [http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/unfa\\_cont\\_term/uct04\\_en.pdf/](http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/uct04_en.pdf/).

<sup>28</sup> Sul tema cfr. R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, cit., p. 975 ss. e V. ROPPO, *La definizione di “clausola abusiva” nei contratti dei consumatori: echi di un dibattito*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 283 s.

<sup>29</sup> P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, cit., p. 454.

<sup>30</sup> In proposito, autorevole dottrina sottolinea quanto risulti difficile tracciare una netta linea di demarcazione tra ambito economico e giuridico del contratto: ad esempio, le clausole attributive di



Nei più recenti contributi provenienti dal formante giurisprudenziale pare essersi fatta strada, infatti, una nozione di “equilibrio” (e dunque di “squilibrio”) che prescinde dai rigidi limiti imposti dalla distinzione tra carattere normativo ed economico<sup>31</sup>.

A tale riguardo, pare utile richiamare, ad esempio, quanto statuito dall'art. 1, comma 2, lett. e) della legge n. 281 del 20 luglio 1998 (“Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti”), che in favore del consumatore proclama, unitamente al diritto alla trasparenza e alla correttezza, un più ampio diritto all’*“equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi”*.

In una recente pronuncia, la Suprema Corte ha statuito che *“l'interpretazione di un contratto di assicurazione deve procedere, in ragione della natura sinallagmatica del vincolo, alla luce del principio di necessaria corrispondenza tra ammontare del premio dovuto dall'assicurato e contenuto dell'obbligazione dell'assicuratore, sicché proprio la determinazione del premio di polizza assume valore determinante ai fini dell'individuazione del tipo e del limite massimo del rischio*

---

diritti o impositive di obblighi contrattuali sottendono un costo e, di conseguenza, rappresentano in uguale misura un'espressione di squilibrio normativo nonché (seppure indirettamente) di squilibrio economico del contratto. Sul tema si segnala il contributo di V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 649.

<sup>31</sup> Secondo alcuna dottrina lo stesso limite imposto dal legislatore all'art. 34 cod. cons. aprirebbe la strada ad un controllo non soltanto “normativo” del contenuto del contratto: “è questa stessa norma a consentire di superare la barriera che impedisce un generale controllo sull'assetto economico dell'operazione contrattuale posta in essere, quando dispone che il difetto di trasparenza attrae nel giudizio di vessatorietà le clausole che determinano l'oggetto del contratto e la congruità del corrispettivo. Ne discende che la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, pur tendendo immediatamente a riequilibrare la condizione di inferiorità contrattuale del consumatore e a garantire l'uguaglianza di diritti ed obblighi contrattuali tra professionista e consumatore, intende, con ciò, anche tentare di riequilibrare, sia pure indirettamente, l'alterazione e l'iniquità delle prestazioni sotto il profilo economico, quindi, in qualche misura, garantire la giustizia sostanziale del regolamento contrattuale”. Così M. GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in *Giur. merito*, fasc.12, 2004, p. 2605 ss. Altra dottrina ancor più specificamente rappresenta che “la ratio della regola che esclude la sindacabilità del corrispettivo di cui all'art. 34 c. cons. è da ravvisare nell'operatività del mercato. Laddove tale presupposto in concreto risulti mancante la regola esclusiva dell'art. 34 c. cons. non risulta applicabile, bensì diviene plausibile, sulla base dell'*argumentum a contrario*, ricavare dalla medesima disposizione l'opposta regola della sindacabilità del rapporto sinallagmatico. In via alternativa la regola della rilevanza dello squilibrio economico comunque emerge dalla combinazione della predetta norma (previa sua riduzione teleologica) con la regola, all'apparenza generalissima (ed all'apparenza antinomica), di cui all'art. 2, lett. e, c. cons., il cui spazio normativo è appunto ricavabile per detrazione: allorché non opera la regola speciale che esclude la rilevanza dell'iniquità del sinallagma, opera l'opposta regola sancita nell'art. 2, che quindi esprime la necessità che nei casi in cui il mercato non riesca ad offrire al consumatore alternative concrete, anche il corrispettivo, come il contenuto normativo, risulta sindacabile”. Così D. RUSSO, *Nullità successiva di protezione da inadempimento? Spunti critici per una riconcettualizzazione dell'accordo contrattuale*, in *Obbl. e Contr.*, 2012, 11, p. 802 con rif. a ID., *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, p. 102 ss. e ancora ID., *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, spec. p. 219 ss.



*assicurato, onde possa reputarsi in concreto rispettato l'equilibrio sinallagmatico tra le reciproche prestazioni*<sup>32</sup>.

Ancora, e in maniera più marcata, la Corte di giustizia europea ha affermato, con riferimento ad una controversia tra un istituto di credito spagnolo ed un'associazione di consumatori<sup>33</sup>, che *“gli artt. 4, n. 2, e 8 della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, debbono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale, come quella in questione nella causa principale, che autorizza un controllo giurisdizionale del carattere abusivo delle clausole contrattuali vertenti sulla definizione dell'oggetto principale del contratto o sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, anche se tali clausole sono formulate in modo chiaro e comprensibile”*<sup>34</sup>.

Con tale pronuncia la Corte di giustizia ha dunque reputato legittime le modalità di recepimento della direttiva 93/13 da parte del legislatore spagnolo nella parte in cui, in un'ottica di massimizzazione del livello di protezione del consumatore, non ha contemplato la limitazione di cui all'art. 4, par. 2 della stessa direttiva, permettendo ai giudici nazionali di valutare il carattere abusivo di una clausola relativa all'oggetto principale del contratto, anche nelle ipotesi in cui tale clausola sia stata predisposta dal professionista attenendosi all'obbligo di trasparenza<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Cass. civ., sez. III, 30 aprile 2010, n. 10596, in *Danno e resp.*, 2011, p. 515.

<sup>33</sup> Il caso aveva come oggetto la legittimità rispetto alla normativa spagnola (e la compatibilità col diritto dell'Unione europea) di una clausola, c.d. "di arrotondamento", redatta preventivamente dall'istituto di credito spagnolo ed inserita nei contratti (*standard*) di mutuo destinati all'acquisto di immobili da parte dei consumatori, in base alla quale il tasso d'interesse dovuto dal mutuatario, già a partire dalla prima revisione, veniva arrotondato al quarto di punto superiore ad ogni variazione di indice eccedente lo 0,25%.

<sup>34</sup> CGE, 3 giugno 2010, causa C-484/08 (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), in *Racc.*, 2010, I, 4785. Un commento (critico) della decisione è proposto da A. VIGLIANISI Ferraro, *La sentenza Caja de ahorros e l'armonizzazione tradita*, in *Contratti*, 2010, 10, p. 880.

<sup>35</sup> In un'altra pronuncia il giudice comunitario ha statuito che *“spetta al giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sul procedimento inibitorio, promosso a tutela della collettività, a nome dei consumatori, da un ente individuato dalla legislazione nazionale, accertare, rispetto all'articolo 3, paragrafi 1 e 3, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, il carattere abusivo di una clausola figurante nelle condizioni generali dei contratti stipulati con consumatori a mezzo della quale un professionista prevede una modifica unilaterale delle spese collegate al servizio da prestare, senza peraltro descrivere chiaramente le modalità di quantificazione delle spese suddette né specificare validi motivi per tale modifica. Nell'effettuare tale valutazione, detto giudice dovrà verificare in particolare se, alla luce di tutte le clausole figuranti nelle condizioni generali dei contratti stipulati con consumatori delle quali fa parte la clausola controversa, nonché della legislazione nazionale che prevede i diritti e gli obblighi che potrebbero aggiungersi a quelli previsti dalle condizioni generali di cui trattasi, i motivi o le modalità di variazione delle spese collegate al servizio da prestare siano descritti in modo chiaro e comprensibile e, se del caso, se i consumatori dispongano della facoltà di porre termine al contratto”*, CGE, 1 giugno



A tale riguardo, un'importanza non marginale deve essere attribuita all'art. 8 della direttiva (come pure all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione<sup>36</sup>), in cui si fa salva la facoltà posta in capo agli Stati membri di adottare o mantenere “disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore”: l'obiettivo perseguito dal legislatore europeo sarebbe infatti solo quello di una “*armonizzazione parziale e minima delle legislazioni nazionali relativamente alle clausole abusive*”<sup>37</sup>.

Di recente, con la direttiva 2011/83/UE, che in tema di diritti dei consumatori prevede alcune modifiche in chiave “armonizzatrice” della disciplina sui contratti a distanza e sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il legislatore comunitario, integrando la direttiva 93/13, ha disposto che “*Quando uno Stato membro adotta disposizioni conformemente all'articolo 8, ne informa la Commissione, così come di qualsiasi successiva modifica, in particolare qualora tali disposizioni:*

— *estendano la valutazione di abusività a clausole contrattuali negoziate individualmente o all'adeguatezza del prezzo o della remunerazione, oppure*

— *contengano liste di clausole contrattuali che devono essere considerate abusive*”<sup>38</sup>.

La modifica, letta unitamente a quanto statuito dai giudici della Corte di giustizia, pare pertanto prevedere in maniera espresa e definitiva la legittimità dello svolgimento di un sindacato di abusività delle clausole che contempli anche elementi “economici”, quale l'adeguatezza del prezzo o della remunerazione nell'ottica di un innalzamento del livello di protezione del consumatore<sup>39</sup>.

4. – Il quadro che si delinea a fronte di tali brevi considerazioni conduce verso un differente assetto della tutela del consumatore, in cui lo strumento di intervento del giudice sull'equilibrio di mercato delle transazioni appare far perno sempre più sul generale concetto di “significativo squilibrio”, inteso alla stregua di una clausola “aperta”.

---

2012, causa C-472/10 (Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt.), non ancora pubblicata ma rintracciabile all'URL: <http://www.curia.europa.eu/>.

<sup>36</sup> L'art. 36, ricompresa al capo IV sotto la rubrica “Solidarietà” afferma che “Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori”.

<sup>37</sup> CGE, causa C-484/08, cit., par. 28.

<sup>38</sup> Art. 32 direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>39</sup> Come autorevolmente sostenuto “oggi il sindacato economico del contratto non si circoscrive più, come una volta, alle situazioni che in altra sede ho definito in termini di “patologia” delle relazioni sociali o di mercato (tipicamente i vizi della volontà, l'incapacità di intendere e di volere, la pressione de pericolo o del bisogno), bensì si espande a coprire anche situazioni che appartengono alla “fisiologia di quelle relazioni”. Così V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche, verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 603.



Tale orientamento non pare investire il giudice di un margine di discrezionalità tale da spingerlo verso un sindacato di legittimità delle clausole contrattuali che attenga all'equivalenza delle prestazioni, ma piuttosto conduce all'esercizio di un'azione correttiva che investa ogni forma di "sproporzione" intollerabile ed eccessiva (poiché appunto "significativa") che possa incidere su determinati rapporti contrattuali, sia essa intesa come l'individuazione di un "gap" informativo, o contestualizzata nella più ampia prospettiva di un controllo di tipo contenutistico e funzionale dell'atto negoziale<sup>40</sup>.

In quest'ottica, che consolida il fondamentale ruolo assegnato e svolto dalla giurisprudenza in un periodo contraddistinto da una sempre più marcata *impasse* economica e legislativa, resta il problema di rintracciare e fissare solidi e chiari principi/parametri di riferimento, che guidino il giudice nell'attività di indagine delle clausole contrattuali fungendo da "limite di discrezionalità", al fine di una efficace razionalizzazione (e funzionalizzazione) del sindacato di abusività.

Appare dunque motivata la ricostruzione formulata da alcuna dottrina concernente la validità di un più generale "principio di proporzionalità" nel diritto dei contratti, autonomo rispetto ai criteri di "ragionevolezza" o "adeguatezza" (operanti laddove gli interessi sottesi alla valutazione del giudice siano non quantificabili, imponendo un giudizio di tipo qualitativo)<sup>41</sup>, che funge da imprescindibile riferimento nell'attività di indagine sullo "squilibrio significativo", in un'ottica di "giusto" bilanciamento tra le istanze e gli interessi contrapposti e sottesi all'economia dello scambio<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, cit., p. 459.

<sup>41</sup> Sul criterio di ragionevolezza, adottato per valutare il comportamento secondo lealtà e correttezza del professionista rispetto all'abusività di una clausola contrattuale, si è di recente pronunciata la Corte di giustizia europea affermando che "per accertare se lo squilibrio sia creato «malgrado il requisito della buona fede», occorre verificare se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse alla clausola in oggetto in seguito a negoziato individuale". CGE, 26 aprile 2013, causa C-415/11 (Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)), non ancora pubblicato ma reperibile in *Comp. dir. civ.* ([www.comparazionediritto.civile.it](http://www.comparazionediritto.civile.it)), con nota di A. MUSIO, *Il giudizio di abusività tra buona fede e ragionevolezza*. Sui rapporti tra buona fede e ragionevolezza (e del presunto assorbimento del primo principio nel secondo) si rimanda al recente saggio di E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 953. V. anche F. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 732.

<sup>42</sup> Secondo P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, cit., "prescindendo sia dall'adempimento dell'obbligo di informazione e trasparenza" sia "dalla clausola generale di buona fede" il principio di proporzionalità si pone come principio normativo che "si realizza con modalità diverse secondo i contratti, i soggetti", rappresentando "uno di quei momenti normativi di rilevanza assiologica i quali contribuiscono a recuperare coerenza ed efficienza al sistema giuridico e corretta competitività concorrenziale al mercato, nel giusto equilibrio tra libertà e solidarietà, tra libertà e meritevolezza dei contenuti". Sul principio di proporzionalità cfr. anche F. GALGANO, *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 419 ss.; R. ROLLI, *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 611 ss.; F.



Il pieno riconoscimento di un “principio di proporzionalità”, in tale ambito assunto quale parametro di valutazione del *significativo squilibrio economico dei diritti e degli obblighi*, permetterebbe un corretto funzionamento dell’istituto della “nullità di protezione” in un’ottica che consideri il “consumatore” quale effettivo terminale della tutela speciale elaborata, in quanto diretta alla sfera della “persona”, attuata sotto l’egida del principio di solidarietà<sup>43</sup>, non finendo piuttosto per relegarlo esclusivamente ad un ruolo di mero “strumento” di promozione indiretta della libertà (intesa in senso economico) nel contesto di una *policy* comunitaria volta al perseguimento dell’equilibrio concorrenziale all’interno del mercato unico<sup>44</sup>.

---

CASUCCI, *Il sistema giuridico “proporzionale” nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 375 ss.; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003.

<sup>43</sup> Sul punto, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., passim; ID., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 95 ss.; spec. 113; ID., *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit.dir. priv.*, 2001, spec. p. 235.

<sup>44</sup> Secondo alcuna dottrina “riferire il dosaggio anche «significativamente» asimmetrico di diritti ed obblighi consegnato in una clausola contrattuale alla «misura» del mercato significa, in buona sostanza, sancire la vessatorietà di quegli squilibri soltanto che non trovino giustificazione nel mercato, o - più esattamente - in un mercato integralmente concorrenziale e bilateralmente esperito”, per cui più che di “scambio giusto” si dovrebbe parlare di scambio giustificato”. Così M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: stato e mercato nell’orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 33.

In conclusione, come sostiene autorevole dottrina, “l’ordinamento, se fosse soltanto ossequioso delle regole del mercato economico, sarebbe regolato dalla mera razionalità economica, la quale è sì importante, ma un ordinamento sociale di diritto non può più ispirarsi soltanto ad essa, sospinto com’è della ragionevolezza che attiene a valori che con l’economia non hanno nulla a che fare, anzi sovente si sovrappongono ad essa(...). Bisogna allora comprendere qual è il metro di ragionevolezza che emerge dall’ordinamento costituzionale europeo da dover bilanciare con un altro principio fortemente radicato nel sistema europeo (...) quale il principio di proporzionalità, per riuscire ad operare quell’adeguato controllo di meritevolezza che l’autonomia contrattuale esige”. Così, P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e costituzione europea*, in *Contratto e costituzione in Europa. Convegno di studi in onore di G. Benedetti*, Padova, 2005, p. 146 s.