



MIRKO FACCIOLI

Ricercatore confermato di diritto privato – Università di Verona

## LA GARANZIA DI «UN LIVELLO ELEVATO DI PROTEZIONE DEI CONSUMATORI» (ART. 38 CARTA DI NIZZA E ART. 169 TFUE) ALLA PROVA DELLA DISCIPLINA ITALIANA DELLE CLAUSOLE VESSATORIE: LE CLAUSOLE NULLE «QUANTUNQUE OGGETTO DI TRATTATIVA» EX ART. 36, CO. 2, COD. CONS. \*

*SOMMARIO: 1. Premessa: il problema del coordinamento fra le clausole nulle «quantunque oggetto di trattativa» dell'art. 36, co. 2, cod. cons. e le clausole presunte vessatorie di cui all'art. 36, co. 2 e l'art. 33, co. 2, lett. a), b) e l), cod. cons. – 2. La sostanziale coincidenza tra la lett. b) dell'art. 36, co. 2 e la lett. b) dell'art. 33, co. 2, cod. cons. – 3. La sostanziale coincidenza tra la lett. c) dell'art. 36, co. 2 e la lett. l) dell'art. 33, co. 2, cod. cons. – 4. Il problema della “lista nera” e la critica delle opinioni che lo ritengono privo di rilevanza. – 5. La preferibilità della soluzione che assoggetta le clausole di cui al co. 2 dell'art. 36 cod. cons. ad una presunzione relativa e non assoluta di vessatorietà. – 6. Le (non decisive) indicazioni provenienti dal diritto comparato e dai progetti di diritto privato europeo.*

1. – Come noto, la dir. 1993/13/CEE, concernente le «clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori», da sempre svolge un ruolo di spicco nell'ambito degli strumenti attraverso il quale il legislatore comunitario mira a raggiungere il «livello elevato di protezione dei consumatori» contemplato dall'art. 38 della Carta di Nizza e dall'art. 169 TFUE<sup>1</sup>.

Fra le diverse questioni interpretative che fin dalla sua introduzione sono state sollevate dalla disciplina italiana di attuazione della direttiva in parola occupa, senza dubbio, un posto di primario rilievo il problema del coordinamento tra l'elenco di clausole contenuto – originariamente nel co. 2 dell'ora abrogato art. 1469 *quinquies* cod. civ., e attualmente – nel co. 2 dell'art. 36 cod. cons. da un lato, e l'elenco di clausole contemplate – originariamente nell'abrogato art. 1469 *bis*, co. 3, n. 1), 2) e 10), cod. civ., e ora – nelle lett. a), b) e l) del co. 2 dell'art. 33 cod. cons. dall'altro. In conseguenza di quello che viene pacificamente considerato un vero e proprio «infortunio legislativo»<sup>2</sup> legato al susseguirsi di diversi, ed evidentemente mai coordinati tra loro, progetti di legge differenti sul punto, nelle disposizioni normative testé citate sono, infatti,

---

\* Lo scritto è destinato agli Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero.

<sup>1</sup> Per un commento alle disposizioni testé richiamate ed un'analisi dei problemi suscitati dal loro coordinamento, anche alla luce di quanto previsto – sempre in tema di protezione dei consumatori – dall'art. 12 TFUE, v., da ultimo, A.M. MANCALEONI, *Art. 38 Carta dei diritti fondamentali UE e Art. 169 TFUE*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro-A. Zaccaria, 2<sup>a</sup> ed., Padova 2013, pp. 17 ss. e 7 ss.; G. VITELLINO, *Art. 38 Carta dei diritti fondamentali UE e Art. 169 TFUE*, in *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, a cura di F. Pocar-M.C. Baruffi, 2<sup>a</sup> ed., Padova 2014, pp. 1752 ss. e 1042 ss.

<sup>2</sup> Utilizzando questa terminologia ha rilevato queste discrepanze normative, tra i primi commentatori della nuova disciplina, V. CARBONE, *L'individuazione delle clausole vessatorie tra criteri generali ed elencazioni statistiche*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 1333.



contemporaneamente presenti, per essere assoggettate ad un diverso trattamento normativo, clausole vessatorie assai simili tra loro, ma comunque formulate tramite espressioni lessicali non perfettamente coincidenti dal punto di vista letterale; si tratta di un “incidente” al quale, peraltro, ben si sarebbe potuto (*rectius*, dovuto) porre rimedio in occasione dell’emanazione del Codice del consumo, sicché non sorprende che l’inerzia al riguardo sia stata una delle numerose critiche che la dottrina ha mosso al legislatore che ha predisposto questo testo normativo<sup>3</sup>.

La perdurante «farraginosità espressiva»<sup>4</sup> che abbiamo appena terminato di illustrare impone, precisamente, all’interprete il compito di intraprendere due operazioni ermeneutiche: innanzitutto, si tratta di stabilire se le discrepanze letterali riscontrabili tra le previsioni delle prime due lettere dell’art. 36, co. 2, cod. cons. e le disposizioni di cui alle lett. *b)* e *l)* dell’art. 33, co. 2, cod. cons.<sup>5</sup> rivestano un qualche significato o invece siano mere variazioni semantiche, prive di effettivo valore; è in secondo luogo necessario, una volta compiuta questa prima operazione interpretativa, ricostruire con precisione quale sia il trattamento normativo che l’art. 36, co. 2, cod. cons. riserva alle clausole in discorso nel momento in cui dispone che le medesime, che già sarebbero assoggettate ad una presunzione di vessatorietà fino a prova contraria ai sensi dell’art. 33, co. 2, cod. cons., sono altresì sottoposte, rispetto alle altre clausole ivi elencate, ad una – come meglio vedremo nel prosieguo del discorso, senza dubbio – più severa disciplina che le qualifica «nulle [...] quantunque oggetto di trattativa» tra professionista e consumatore<sup>6</sup>.

A prescindere da quale si ritenga essere la soluzione di queste questioni interpretative, ciò che si può ad ogni modo osservare è che le disposizioni normative in esame rappresentano una significativa novità rispetto alla dir. 1993/13/CEE, la quale si limita a riportare un allegato contenente un «elenco indicativo e non esauriente di clausole che possono essere dichiarate abusi-

---

<sup>3</sup> V., fra gli altri, G. DE CRISTOFARO, *Il «Codice del consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 780, e R. CALVO, *Il Codice del consumo tra «consolidazione» di leggi e autonomia privata*, in *Contr. impr./Europa*, 2006, p. 81.

<sup>4</sup> L’espressione è di G. CIAN, *Il nuovo Capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del Codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 416.

<sup>5</sup> Nessun problema, da questo punto di vista, è invece sollevato dalla lett. *a)* dell’art. 36, co. 2, cod. cons., in quanto la sua formulazione letterale, che contempla le clausole dirette a escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, è del tutto corrispondente a quella della lett. *a)* dell’art. 33, co. 2, cod. cons.

<sup>6</sup> Tale conclusione pare, infatti, destinata a rimanere ferma a prescindere da quale sia la soluzione che si ritenga di condividere in merito al problema della ricostruzione del trattamento normativo delle clausole di cui al co. 2 dell’art. 36 cod. cons.: appare in altre parole evidente che, tanto aderendo alla tesi che considera le clausole in discorso sempre e senz’altro nulle, in quanto sottoposte ad una presunzione assoluta di vessatorietà che il professionista non potrebbe in alcun modo superare, quanto muovendosi nella diversa prospettiva secondo cui le clausole di cui sopra sarebbero, invece, anch’esse sottoposte alla presunzione relativa di vessatorietà statuita dal co. 2 dell’art. 33 cod. cons., per vincere la quale non sarebbe però concesso fare ricorso alla prova contraria della trattativa individuale ma soltanto alle altre prove attraverso le quali il professionista può generalmente superare la presunzione in parola, ci si trova comunque di fronte ad una disciplina più rigorosa, nei confronti del professionista, di quella predisposta nel co. 2 dell’art. 33 cod. cons. per le altre clausole ivi elencate.



ve» (art. 3, par. 3, dir.)<sup>7</sup> e a qualificare come non abusiva la clausola che sia stata «oggetto di negoziato individuale» (art. 3, par. 1, dir.): tramite l'introduzione della disciplina che ci occupa, pertanto, il legislatore italiano ha fatto esercizio della facoltà, riconosciuta al legislatore nazionale dall'art. 8 e dal 12° *considerando* della direttiva, di adottare, nel rispetto del trattato, disposizioni più severe di quelle della direttiva stessa al fine di garantire un più elevato livello di tutela per i consumatori<sup>8</sup>. Non è facile, tuttavia, stabilire quale possa essere stato il criterio che ha guidato il nostro legislatore quando ha deciso di sottoporre ad una più rigorosa disciplina, rispetto a quella che vale per tutte le altre clausole elencate nel co. 2 dell'art. 33 cod. cons., proprio e soltanto le clausole contemplate dal co. 2 dell'art. 36 cod. cons., queste ultime essendo talmente diverse tra loro da precludere l'identificazione di un fondamento alle stesse comune che possa andare al di là del generico e scontato rilievo della loro «particolare vessatorietà per il consumatore»<sup>9</sup>; né sembra possibile determinare, con una qualche precisione, la soglia di «gravità» della lesione dei diritti del consumatore che il legislatore aveva in mente quando ha dettato la disciplina in esame, rimanendo da spiegare perché lo stesso abbia preferito inserire nell'elenco di clausole (soltanto) presunte vessatorie fino a prova contraria dell'art. 33, co. 2, cod. cons. alcune ipotesi – come quelle, ad esempio, contemplate dalle lett. *m)*<sup>10</sup>, *o)*<sup>11</sup> e *p)*<sup>12</sup> – che pure pongono il consumatore in una posizione notevolmente deteriore rispetto a quella del professionista<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> Sul significato di questa previsione v., per tutti, S. TROIANO, *Art. 33, I, Osservazioni generali. La vessatorietà delle clausole e la presunzione di cui al 2° comma*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro-A. Zaccaria, 2ª ed., Padova 2013, p. 276, il quale precisa, anche sulla scorta della giurisprudenza comunitaria in materia, che la norma rimette agli Stati membri la possibilità di adottare o non l'elenco, eventualmente anche in versione ampliata o ridotta, nonché di attribuire al medesimo un determinato valore normativo piuttosto che un altro, con il divieto, però, di sostituire la clausola generale di vessatorietà contemplata dall'art. 3 della direttiva con un elenco chiuso di clausole vessatorie.

<sup>8</sup> Sul punto v., per tutti, A. BARENGHI, *Art. 36*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di V. Cuffaro e con il coordinamento di A. Barba e A. Barengi, 3ª ed., Milano 2012, p. 280.

<sup>9</sup> P. CHIRICO, *Art. 36*, in *I Contratti del consumatore. Commentario al codice del consumo*, a cura di E. Cesaro, 4ª ed., Padova 2007, p. 605.

<sup>10</sup> Ove vengono contemplate le clausole che consentono al professionista «di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso».

<sup>11</sup> Ove si menzionano le clausole in virtù delle quali il professionista può «aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto».

<sup>12</sup> Ove si prevedono le clausole che riservano al professionista «il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto» o gli conferiscono «il diritto esclusivo d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto».

<sup>13</sup> Cfr., a questo riguardo, F. ASTONE, *Art. 1469-quinquies*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. Barengi, Napoli 1996, p. 203 s.; C. CASTRONOVO, *Profili della nuova disciplina delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 16 s.; R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova 2005, p. 230.



2. – Procedendo nell'ordine sopra riferito, la prima questione da affrontare nasce, come già si è accennato, dal fatto che la previsione della lett. b) dell'art. 36, co. 2, cod. cons., che sostanzialmente assoggetta a presunzione relativa di vessatorietà le clausole che escludono o limitano le «azioni» del consumatore in caso di inadempimento del professionista<sup>14</sup>, viene ripetuta nell'art. 33, co. 2, lett. b), cod. cons., ove però sono menzionati, accanto alle «azioni», pure i «diritti» del consumatore stesso<sup>15</sup>.

Che questa divergenza letterale possa essere risolta riferendo il termine «diritti», utilizzato nella disposizione normativa da ultimo menzionata, ad ogni pretesa di carattere sostanziale facente capo al consumatore a fronte dell'inadempimento del professionista, e il termine «azioni», utilizzato tanto nella disposizione testé richiamata quanto nella lett. b) del co. 2 dell'art. 36 cod. cons., all'iniziativa giudiziaria che quella pretesa assiste, sembra dovere essere senz'altro escluso: così ragionando, difatti, si finirebbe per sottoporre, in modo del tutto irragionevole, la più gravosa clausola che priva il consumatore del diritto sostanziale – e pertanto anche della relativa azione giudiziale – al meno severo trattamento sanzionatorio del co. 2 dell'art. 33 cod. cons., riservando invece la più rigorosa disciplina prevista dal co. 2 dell'art. 36 cod. cons. alla meno penalizzante clausola che priva il consumatore del solo potere d'agire, lasciandolo quindi titolare del diritto sostanziale sottostante<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Con formula volutamente ridondante e tale da ricomprendere qualsiasi difformità tra la prestazione dovuta dal professionista e il risultato effettivamente conseguito dal consumatore, le norme in esame fanno testualmente riferimento all'«inadempimento totale o parziale» nonché all'«adempimento inesatto» del professionista, così eliminare ogni dubbio circa l'ampiezza e l'onnicomprendività della protezione che si vuole offrire alla parte debole del rapporto (v., per tutti, E. PODDIGHE, *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*, Milano 2000, p. 156).

<sup>15</sup> In maniera tutt'altro che perspicua, le norme in discorso affermano che non possono essere esclusi o limitati i rimedi che spettano al consumatore tanto nei confronti dello stesso professionista inadempiente quanto nei confronti di «un'altra parte». Questa locuzione pare, innanzitutto, idonea a ricomprendere gli ausiliari del professionista, cosicché devono ritenersi colpite dalle norme in esame anche le clausole che tendano ad escludere o limitare i diritti e le azioni che consentono al consumatore di rivolgersi direttamente ai collaboratori del professionista per far valere le proprie ragioni (G. CIAN, *Il nuovo Capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del Codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, cit., p. 421; G. STELLA, *Art. 1469-bis, comma 3, n. 2, c.c.*, in *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Padova, 1999, p. 204; E. NAVARRETTA, *Art. 1469-quinquies, comma 2°, ivi*, p. 895). L'espressione di cui sopra, secondo parte della dottrina, potrebbe inoltre essere riferita, in senso più ampio, a quanti si trovino ad essere coobbligati con il professionista in virtù del contratto concluso tra quest'ultimo e il consumatore nonché a tutti quei soggetti, estranei a tale negozio, che pure si trovano ad essere comunque debitori del consumatore in forza di altro titolo, legale o convenzionale: si pensi, ad esempio, ai soggetti che prestano garanzie per il professionista o al produttore del bene venduto, al quale fa indiretto riferimento anche il co. 4 dell'art. 36 cod. cons. (F. PADOVINI, *Art. 1496-bis, 3° comma, n. 2*, in *Clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, a cura di G. Alpa e S. Patti, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano 2003, p. 240 ss.; A. GORGONI, *Art. 33 comma 2 lett. b)*, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. Vettori, Padova 2007, p. 252 s.; M. LO FIEGO, *Art. 1469 bis comma 3*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova 1999, p. 26 s.).

<sup>16</sup> U. GRASSI, A. MINUCCI, *Art. 33, comma 2, lett. b)*, in *I Contratti del consumatore. Commentario al codice del consumo*, a cura di E. Cesàro, 4ª ed., Padova 2007, p. 81.



Ciò considerato, al fine di ritagliare uno spazio applicativo autonomo per la previsione della lett. b) del co. 2 dell'art. 33 cod. cons. è stato da più parti proposto di procedere individuando quei «diritti», spettanti al consumatore a fronte all'inadempimento del professionista, che non possono essere considerati «azioni» in quanto indipendenti da un'iniziativa giudiziaria: in questa prospettiva, le clausole con le quali il consumatore rinunci ai diritti in parola – tra i quali possono essere annoverati, ad esempio, la facoltà di rifiutare un adempimento parziale o inesatto, il diritto di ritenzione, gli strumenti di tutela previsti dagli artt. 1514 ss. cod. civ. nell'ambito della vendita di cose mobili – sarebbero allora sottoposte alla presunzione relativa di vessatorietà ex art. 33, co. 2, cod. cons. anziché al più rigido trattamento sanzionatorio disposto dal co. 2 dell'art. 36 cod. cons., il quale verrebbe ad essere riservato, sempre secondo questo ordine di idee, alle clausole con le quali il consumatore rinunci a mezzi di tutela processuale attribuitigli dall'ordinamento<sup>17</sup>.

Anche questa soluzione interpretativa, tuttavia, finisce per suscitare più di una perplessità quando si considera come essa sembri presupporre che le clausole che privano il consumatore di strumenti di tutela processuale siano, per forza di cose, più gravose per il medesimo di quelle che invece lo destituiscono di diritti esercitabili (anche) in via stragiudiziale: difatti questo assunto, oltre ad apparire totalmente privo di fondamento, è fatalmente destinato a scontrarsi con il rilievo, ampiamente noto, che i consumatori generalmente tendono ad evitare di rivolgersi al giudice per far valere i propri diritti, in quanto la lite giudiziaria, oltre ad essere di per sé caratterizzata da una lunga – e non di rado eccessiva – durata nonché da un esito sempre incerto, comunque implica costi e rischi del tutto sproporzionati rispetto al valore delle controversie scaturite dalla violazione della disciplina di tutela dei consumatori stessi<sup>18</sup>.

Ciò che va allora riconosciuto, in definitiva, è che non sembra davvero ragionevole sforzarsi di attribuire un significato preciso ad una discrepanza normativa che, come già sottolineato, non sembra trovare riscontro in una precisa e consapevole intenzione del legislatore che ha condotto le operazioni di attuazione interna della dir. 1993/13/CEE, l'allegato della quale del resto menziona, alla sua lett. b), le clausole dirette ad escludere o limitare «i diritti» del consumatore senza fare alcuna menzione delle forme di tutela giurisdizionale del medesimo<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> E. NAVARRETTA, *Art. 1469-quinquies, comma 2°*, cit., p. 898 s.; A. GORGONI, *Art. 33 comma 2 lett. b)*, cit., p. 253 ss.; F. PADOVINI, *Art. 1496-bis, 3° comma, n. 2*, cit., p. 1061 s.

<sup>18</sup> Per queste elementari considerazioni v., per tutti, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 46<sup>a</sup> ed., Padova 2013, p. 1057.

<sup>19</sup> Più precisamente, la lett. b) del co. 2 dell'art. 36 cod. cons. riproduce la prima parte della lett. b) dell'allegato alla dir. 1993/13/CEE con tre significative variazioni, tutte dirette ad innalzare il livello di tutela per il consumatore. La prima consiste nell'eliminazione dell'avverbio «impropriamente», il quale avrebbe introdotto, quale ulteriore presupposto della dichiarazione di vessatorietà delle clausole ivi contemplate, una valutazione della consistenza dell'esclusione o della limitazione delle azioni e dei diritti del consumatore a fronte dell'inadempimento del professionista (G. STELLA, *Art. 1469-bis, comma 3, n. 2, c.c.*, cit., p. 198; A. GORGONI, *Art. 33 comma 2 lett. b)*, cit., p. 247; F. PADOVINI, *Art. 1496-bis, 3° comma, n. 2*, cit., p. 231). In secondo luogo, nella disciplina italiana il riferimento ai «diritti legali» contenuto nell'allegato alla direttiva è stato – da un



Per tutte le ragioni sopra esposte, pertanto, si lascia senz'altro preferire l'orientamento che disconosce ogni rilievo alla divergenza letterale fra le due norme in esame e conseguentemente ritiene – sulla scorta di quella che parrebbe potere essere più precisamente ricostruita come un'interpretazione estensiva<sup>20</sup> del termine «azioni» contenuto nella prima delle due norme appena richiamate<sup>21</sup> – potersi ricomprendere, in via interpretativa, pure nella lett. *b*) del co. 2 dell'art. 36 cod. cons. il riferimento ai «diritti» testualmente contenuto nella lett. *b*) del co. 2 dell'art. 33 cod. cons.<sup>22</sup>.

**3.** – La nostra indagine deve ora concentrarsi sui problemi interpretativi sollevati dalla sovrapposizione tra la lett. *c*) del co. 2 dell'art. 36 cod. cons. e la lett. *l*) del co. 2 dell'art. 33 cod.

---

lato, come già accennato nel testo, esteso alle «azioni», dall'altro – espunto dell'aggettivo «legali», il che consente l'estensione del campo d'applicazione della norma in parola alle clausole che escludono o limitano diritti o azioni attribuiti al consumatore non dalla legge, ma dallo stesso contratto nel quale sono inserite in relazione ad altre fattispecie di inadempimento del professionista (G. STELLA, *Art. 1469-bis, comma 3, n. 2, c.c.*, cit., p. 198 s.; G. LENER, R. BOCCHINI, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, I, Torino 2005, p. 199) oppure da un precedente contratto normativo o, ancora, da un contratto a favore di terzo che vede il consumatore come beneficiario (A. GORGONI, *Art. 33 comma 2 lett. b*), cit., p. 247). Un'ultima differenza rispetto all'allegato alla direttiva, infine, risiede nel fatto che non si richiede la natura «contrattuale» dell'obbligo disatteso dal professionista, sicché la norma italiana risulta applicabile anche all'inadempimento degli obblighi legali incombenti sul medesimo (G. STELLA, *Art. 1469-bis, comma 3, n. 2, c.c.*, cit., p. 199).

<sup>20</sup> Quella analogica, che non sembra comunque necessaria, sarebbe invero preclusa dal carattere eccezionale che, secondo la dottrina maggioritaria, la disposizione in esame deve intendersi rivestire in quanto contrastante tanto con il disposto dell'art. 33, co. 2, cod. cons. (A. FICI, *Art. 36 – Nullità di protezione*, in *Dei contratti in generale. Artt. 1425-1469 bis*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino 2011, p. 889 s.) quanto con il principio, proprio della disciplina introdotta nel nostro ordinamento in attuazione della dir. 1993/13/CEE, che vuole escluse dal giudizio di vessatorietà le clausole oggetto di trattativa individuale fra professionista e consumatore (in questo senso v., fra gli altri, E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli 1999, p. 175; ID., *Dei contratti del consumatore in generale*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2010, p. 86; ID., *I contratti dei consumatori*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, *Rimedi-1*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, p. 579 s.; G. BERNARDI, *Art. 1469-bis, 3° comma, n. 1 – Art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 1*, in *Clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, a cura di G. Alpa e S. Patti, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano 2003; p. 222; P. CHIRICO, *Art. 36*, cit., p. 604 ss., il quale sottolinea che tale ragionamento prescinde dal fatto che si considerino le clausole in parola oggetto di una presunzione assoluta oppure relativa di vessatorietà); mentre appare essere rimasta nettamente minoritaria la posizione di chi, invece, considera la norma in esame non eccezionale – e, pertanto, suscettibile di interpretazione anche analogica – in quanto conforme all'obiettivo, costituente la *ratio* di tutta la disciplina contenuta negli artt. 33 ss. cod. cons., di incrementare il livello di tutela del consumatore (E. NAVARRETTA, *Art. 1469-quinquies, comma 2°*, cit., p. 874 ss.).

<sup>21</sup> Sulla possibilità, in generale, di operare un'interpretazione correttiva del testo normativo attraverso lo strumento dell'interpretazione estensiva, cfr. R. SACCO, *L'interpretazione*, in *Le fonti del diritto italiano*, II, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino 1999, p. 283.

<sup>22</sup> In questo senso v., tra gli altri, P. CHIRICO, *Art. 36*, cit., p. 599 s.; E. PODDIGHE, *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 155; M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr./Europa*, 1996, p. 446, nel testo e in nota 34.



cons. per cercare di capire se e quale significato possano eventualmente rivestire le due differenze di formulazione letterale riscontrabili tra gli articoli in esame, entrambi sostanzialmente diretti, ad ogni modo, a tutelare il consumatore contro le clausole che “a sorpresa” introducono nel contenuto del contratto elementi negoziali di cui il consumatore non ha potuto prendere conoscenza prima della conclusione dell’accordo<sup>23</sup>.

Alla prima delle differenze suddette, consistente nel riferimento della lett. c) del co. 2 dell’art. 36 cod. cons. alle clausole che prevedono «l’adesione del consumatore come estesa», anziché «l’estensione dell’adesione del consumatore» come recita la lett. l) del co. 2 dell’art. 33 cod. cons., alle clausole che egli non ha potuto conoscere prima della conclusione dell’accordo con il professionista, non può, evidentemente, essere attribuita alcuna rilevanza<sup>24</sup>.

Alcuni dubbi solleva, invece, l’inciso «di fatto», riferito alle clausole che il consumatore non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto, che compare soltanto nella lett. b) del co. 2 dell’art. 36 cod. cons. Per chiarire questo profilo, risulta però necessario soffermarsi prima, seppure sinteticamente, sulla portata e sul significato della previsione contenuta nella lett. l) del co. 2 dell’art. 33 cod. cons.

L’esegesi della norma da ultimo richiamata prende inevitabilmente le mosse dal confronto con quella, della quale manifestamente condivide la *ratio*, contenuta nell’art. 1341, co. 1, cod. civ., la quale subordina l’efficacia delle condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti alla circostanza che la controparte c.d. aderente, al momento della conclusione dell’accordo, le abbia conosciute o fosse in grado di conoscerle usando l’ordinaria diligenza<sup>25</sup>.

Muovendosi nella scia di quanto viene generalmente osservato con riguardo alla disciplina codicistica dei contratti *standard*, sembra possibile affermare che, come quella, pure la lett. l) del 2° co. dell’art. 33 c.cons. impone a ciascuno dei contraenti un onere, che sta in stretta correlazione con quello al contempo gravante sulla controparte: da un lato, al professionista viene implicitamente imposto l’onere – la cui inosservanza è sanzionata dalla nullità delle clausole richiamate *per relationem* – di mettere il consumatore nella condizione di poter agevolmente ve-

---

<sup>23</sup> Per una riflessione di carattere più generale sulle disposizioni del Codice del consumo che appaiono finalizzate a tutelare l’integrità del consenso del consumatore rispetto al rischio della “sorpresa” da parte del professionista, v. F. LAPERTOSA, *La sorpresa nel rapporto obbligatorio*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 660 ss.

<sup>24</sup> V., per tutti, R. CARLEO, *Art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 3*, in *Clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, a cura di G. Alpa e S. Patti, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano 2003, p. 1072.

<sup>25</sup> Ciò che pertanto comporta la possibilità che il consenso dell’aderente finisca per essere esteso a condizioni contrattuale ignote, purché conoscibili alla stregua dell’ordinaria diligenza: ma in questo modo, viene osservato, il legislatore ha in realtà cercato di raggiungere un «equilibrio tra l’esigenza di favorire sul piano economico la velocità delle contrattazioni di massa e quella contrapposta di proteggere la parte debole del rapporto» (così F. LAPERTOSA, *La sorpresa nel rapporto obbligatorio*, cit., p. 659). In senso critico nei confronti di questa opzione del legislatore v., peraltro, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 189: «non si nega che la norma sia opportuna per le esigenze del traffico, ma non si può nascondere che è probabilmente stato eccessivo stabilire che la mera *conoscibilità* di una clausola predisposta da uno dei contraenti sia sufficiente perché la clausola stessa si consideri accettata» (corsivo dell’Autore).



nire a conoscenza di tutte le clausole costituenti il contenuto dell'accordo; il consumatore, dall'altra lato, viene gravato del reciproco onere – la cui inosservanza è sanzionata con l'equiparazione della conoscibilità alla conoscenza e con il conseguente inserimento nel regolamento contrattuale delle clausole, seppure non conosciute, richiamate *per relationem* dal professionista – di informarsi circa l'esistenza e il significato delle disposizioni destinate a far parte del contenuto del contratto<sup>26</sup>.

Rispetto all'art. 1341, co. 1, cod. civ., la norma in esame presenta peraltro due significative differenze<sup>27</sup>, entrambe dirette ad elevare il livello di tutela assicurato al consumatore rispetto a quello garantito all'aderente nell'ambito dei contratti *standard*.

Da questo punto di vista è dato rilevare, innanzitutto, che la lett. l) del co. 2 dell'art. 33 cod. cons. pretende che il consumatore venga messo nella possibilità di conoscere le clausole dell'accordo «prima», e non soltanto «al momento» della conclusione del contratto: la norma sembra, in tal modo, imporre al professionista l'onere di mettere a disposizione del consumatore un ragionevole lasso di tempo per acquisire un'effettiva e adeguata conoscenza del contenuto del contratto e maturare un consenso che possa dirsi veramente consapevole, abbandonando, quindi, la deplorable prassi di sottoporre alla controparte il regolamento contrattuale, per un rapido e superficiale esame, soltanto al momento stesso della sottoscrizione<sup>28</sup>.

Ma ancora più significativa è la circostanza che il co. 2 della lett. b) dell'art. 33 cod. cons. miri a garantire al consumatore, in luogo della conoscibilità valutata secondo il criterio dell'ordinaria diligenza contemplata dall'art. 1341, co. 1, cod. civ., la «possibilità di conoscere» le clausole dell'accordo, così operando quello che è stato efficacemente definito come uno spostamento della linea di «confine tra il dovere di informazione cui è tenuto il professionista e l'onere di autoinformazione che grava sul consumatore a carico del primo ed a vantaggio del secondo, implicando pertanto, come minima conseguenza, una più benevola valutazione del grado di dili-

---

<sup>26</sup> Per questa lettura dell'art. 1341, co. 1, cod. civ., v., per esempio, A. GENOVESE, *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, p. 804 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1970, p. 261 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2000, p. 346 ss. In senso difforme, ha affermato che la lett. l) del co. 2 dell'art. 33 cod. cons. «sembrerebbe costituire non tanto un onere quanto invece un vero e proprio obbligo [...] di adoperarsi per assicurare al consumatore l'effettiva conoscibilità delle clausole contrattuali», riconducibile al dovere di correttezza nelle trattative contenuto nell'art. 1337 cod. civ., R. CARLEO, *Art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 3*, cit., p. 451, nel testo e in nota 20, il quale non ha, peraltro, ricavato alcuna conseguenza operativa da questo diverso inquadramento sistematico della norma.

<sup>27</sup> Contrariamente a quanto ritenuto da G. CHINÉ, *Consumatore (contratti del)*, in *Enc. dir., Aggiornamento IV*, Milano 2000, p. 414, secondo il quale non sarebbe dato ravvisare alcuna significativa differenza fra la norma in commento e quella del co. 1 dell'art. 1341 cod. civ.

<sup>28</sup> F. PASCUCCI, *Art. 33, comma 2, lett. l)*, in *I Contratti del consumatore. Commentario al codice del consumo*, a cura di E. Cesàro, 4<sup>a</sup> ed., Padova 2007, p. 204; R. CARLEO, *Art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 3*, cit., p. 449; A. GORGONI, *Art. 33 comma 2 lett. b)*, cit., p. 277; E. PODDIGHE, *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 162; M. GIORGIANNI, *Il dovere di conoscibilità dell'utilizzatore-predisponente di condizioni generali di contratto nella fase della formazione del consenso*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 1211.

# JUS CIVILE



genza richiesta al consumatore»<sup>29</sup>. Dal confronto con la norma codicistica sopra richiamata, in altre parole, emerge che il consumatore, per quanto non venga senz'altro esonerato dal compimento di qualsiasi attività rivolta ad acquisire conoscenza del contenuto del contratto, appare comunque tenuto ad uno sforzo cognitivo senza dubbio inferiore rispetto a quello che gli viene imposto nel contesto della disciplina dei contratti *standard*; a tutto ciò corrisponde, dall'altro lato, un innalzamento del grado di diligenza imposto al professionista, il quale ha l'onere di adoperarsi per garantire al consumatore non più un'informazione solo potenzialmente e astrattamente accessibile come deve ritenersi che accada, stante il richiamo al parametro generale ed astratto dell'ordinaria diligenza, nel contesto delle condizioni generali di contratto disciplinato dall'art. 1341, co. 1, cod. civ., bensì – non certo la conoscenza effettiva, in quanto la norma parla pur sempre di «possibilità di conoscere», quanto piuttosto – una *concreta ed effettiva conoscibilità* del contenuto del contratto<sup>30</sup>.

Merita di essere sottolineato, in particolare, che l'abbandono del criterio dell'ordinaria diligenza adottato dall'art. 1341, co. 1, cod. civ., che viene generalmente individuato nel «grado di sforzo (non elevato) che può richiedersi a un cliente medio del mercato di riferimento»<sup>31</sup> ovvero in «ciò che è normale attendersi dalla massa degli aderenti in relazione al tipo di operazione economica»<sup>32</sup>, impone di valutare la «possibilità di conoscere» della lett. l) del co. 2 dell'art. 33 cod. cons. in una diversa prospettiva che procede caso per caso, tenendo conto delle circostanze concrete nelle quali è stato concluso ogni singolo contratto nonché della specifica situazione del consumatore di volta in volta coinvolto: ciò che sembra essere imposto, tra l'altro, pure dalla necessità di svolgere il giudizio di vessatorietà tenendo sempre conto degli specifici interessi in gioco nel caso concreto alla luce della regola della buona fede di cui al co. 1 dell'art. 33 cod. cons.<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Sono parole di R. CARLEO, *Art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 3*, cit., p. 452.

<sup>30</sup> In questo senso v., seppure con varietà di accenti: F. PASCUCCI, *Art. 33, comma 2, lett. l)*, cit., p. 201 ss.; R. CARLEO, *Art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 3*, cit., p. 450 ss.; G. LENER, R. BOCCHINI, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, cit., p. 257 s.; A. GORGONI, *Art. 33 comma 2 lett. b)*, cit., p. 277; E. PODDIGHE, *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 162; M. GIORGIANNI, *Il dovere di conoscibilità del utilizzatore-predisponente di condizioni generali di contratto nella fase della formazione del consenso*, cit., p. 1211 s.; P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino 2012, p. 208; E. CAPOBIANCO, *Art. 33*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di E. Capobianco e G. Perlingieri, Napoli 2009, p. 162.

<sup>31</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano 2011, p. 850.

<sup>32</sup> C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 347; ID., *Condizioni generali di contratto, 1) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, p. 2; G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano 1993, p. 339.

<sup>33</sup> E. NAVARRETTA, *Art. 1469-quinquies, comma 2°*, cit., p. 900 ss., la quale precisa che, ad ogni modo, dovrebbe ritenersi contravvenire al dovere di comportamento secondo correttezza previsto dall'art. 1337 cod. civ. il consumatore che, prima della conclusione del contratto, ometta di svolgere qualsiasi attività diretta a cono-



Qualora si volesse tentare, a questo punto, di attribuire un qualche significato all'inciso «di fatto», presente solo nella lett. c) del co. 2 dell'art. 36 cod. cons., si dovrebbe necessariamente individuarlo in una forma di tutela per il consumatore ancora più ampia di quella sopra illustrata, la quale non potrebbe essere, allora, individuata che nell'obbligo del professionista di assicurare al consumatore, nelle ipotesi in cui vi sia una trattativa fra le parti riguardante la clausola di cui alla suddetta lett. c), l'effettiva conoscenza di tutte le altre clausole contenute nel contratto prima della sua conclusione; cosicché alla lett. l) del co. 2 dell'art. 33 cod. cons. rimarrebbe, invece, il compito di imporre al professionista il dovere di adoperarsi, qualora *non* venga portata avanti una trattativa individuale con il consumatore in merito alla clausola di cui sopra, affinché quest'ultimo abbia (soltanto) la concreta ed effettiva possibilità di conoscere il resto del contenuto del contratto prima della sua stipulazione.

Un'interpretazione siffatta, tuttavia, sarebbe palesemente inadeguata e contraddittoria, in quanto finirebbe per assicurare al consumatore un più elevato livello di tutela nelle ipotesi in cui si è in presenza di una situazione, la trattativa individuale (sulla clausola che “rinvia” ad altre clausole), che per tutte le altre ipotesi contemplate dal co. 2 dell'art. 33 cod. cons. esclude invece la vessatorietà e, pertanto, comporta una diminuzione della protezione offerta al contraente debole. Ciò considerato, secondo taluno, non resta allora che concludere nel senso di negare ogni rilievo all'inciso «di fatto» contenuto nella lett. b) del co. 2 dell'art. 36 cod. cons., il significato del quale finisce, pertanto, per coincidere con quello della lett. l) del 2° co. dell'art. 33 c.cons.<sup>34</sup>.

Alla divergenza letterale fra le due disposizioni, a questo punto, si potrebbe, al limite, attribuire il valore di “rafforzare” la proposizione normativa nella prima contenuta per le ipotesi, contemplate dalla seconda, nelle quali il professionista e il consumatore abbiano svolto una trattativa con riguardo alla clausola che prevede l'adesione del consumatore ad ulteriori e diversi aspetti del regolamento contrattuale: l'inciso «di fatto», in altri termini, avrebbe la funzione di precisare che la presenza della trattativa di cui sopra non esclude affatto la possibilità che il consumatore sia comunque rimasto all'oscuro di una parte del contenuto del contratto prima di sottoscriverlo<sup>35</sup>, e questo anche allo scopo di evitare che, attraverso la negoziazione di una siffatta clausola con il consumatore, il professionista riesca elusivamente a trasformare il requisito della trattativa – che ovviamente richiede l'*effettiva conoscenza* delle clausole negoziate da parte del consumatore<sup>36</sup> – in una sorta di “simulacro” della stessa, sostanzialmente svuotandola di contenuto<sup>37</sup>.

---

scerne il contenuto, allo scopo di addurre successivamente la sua ignoranza per ottenere la dichiarazione di nullità delle clausole delle quali è rimasto all'oscuro.

<sup>34</sup> R. CARLEO, *Art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 3, cit.*, p. 1072 ss.

<sup>35</sup> P. CHIRICO, *Art. 36, cit.*, p. 600 s.; sostanzialmente nello stesso senso cfr., inoltre, E. NAVARRETTA, *Art. 1469-quinquies, comma 2°, cit.*, p. 902.

<sup>36</sup> Perché solo questa può dare al consumatore quella concreta ed effettiva possibilità di influire sul contenu-



4. – Nelle pagine precedenti abbiamo visto come, muovendosi nella prospettiva della c.d. interpretazione orientata alle conseguenze<sup>38</sup>, ogni tentativo di attribuire un qualche significato alle discrepanze letterali riscontrabili tra le previsioni delle prime due lettere dell'art. 36, co. 2, cod. cons. e le disposizioni di cui alle lett. b) e l) del co. 2 dell'art. 33 cod. cons. debba essere abbandonato in quanto fatalmente destinato a condurre a risultati ermeneutici manifestamente *irragionevoli*<sup>39</sup>; anche se questo non sembra certo giustificare l'impostazione seguita da alcune trattazioni<sup>40</sup> che, soprattutto nei tempi più recenti, si limitano ad affermare l'irrelevanza delle di-

---

to della clausola nella quale, secondo l'opinione dominante, sostanzialmente si identifica il requisito della trattativa stessa: sul punto v., per tutti, M. FARNETI, *Art. 34*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro-A. Zaccaria, 2ª ed., Padova 2013, p. 389 ss.

<sup>37</sup> A tale riguardo v., in particolare, F. PASCUCCI, *Art. 33, comma 2, lett. l)*, cit., p. 196 ss.: «La clausola è considerata vessatoria anche se oggetto di una specifica trattativa in quanto ritenuta significativa di uno “svuotamento” della trattativa medesima. Anche ove una effettiva trattativa vi sia stata a proposito della clausola in esame, infatti, la stessa consente che altre pattuizioni, pur inserite nel regolamento negoziale, siano “sfuggite” al consumatore, il quale ben potrebbe quindi avere concluso il contratto senza una completa consapevolezza del suo contenuto. [...] La norma intende dunque prevenire quegli accorgimenti attraverso i quali chi predispose il contratto cerchi di introdurre “clausole a sorpresa”». Questa interpretazione appare in sintonia, del resto, con l'orientamento che predica, più in generale, l'irrelevanza delle clausole che contengono una dichiarazione del consumatore di adesione al regolamento pattizio e/o la dichiarazione di avere svolto una trattativa con il professionista: su quest'ultimo punto v., ancora, M. FARNETI, *Art. 34*, cit., p. 390, e ivi per ulteriori indicazioni di dottrina e giurisprudenza.

<sup>38</sup> In argomento v., per tutti, L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1 ss., e spec. p. 2 per il collegamento con il criterio interpretativo della ragionevolezza di cui alla nota immediatamente successiva.

<sup>39</sup> Sulla rilevanza del canone interpretativo della ragionevolezza, il quale, per l'appunto, «persegue lo scopo di scartare una certa interpretazione possibile adducendo che tale interpretazione darebbe luogo ad una norma assurda, irragionevole», v. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano 2011, p. 305 s., nonché S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1 s., il quale sottolinea che, nei tempi più recenti, con sempre maggiore frequenza «la ragionevolezza viene [...] invocata quale strumento per individuare la soluzione più adatta ai tempi e alle circostanze, più logica e rispondente alle esigenze economico-sociali del momento, senza eccessive preoccupazioni di conformità della soluzione incentrata sul diritto positivo e di obbedienza alle regole di interpretazione della legge» consegnateci dalla tradizione. Per una più approfondita disamina, anche in chiave transnazionale, del ruolo svolto da questo concetto nell'ambito del diritto privato v., inoltre, S. TROIANO, *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir., Annali VI*, Milano 2013, p. 763 ss., il quale in particolare ritiene (p. 771 s.) che, secondo un criterio di tipo funzionale, la ragionevolezza possa venire in rilievo: «A) come modello che definisce il grado e il tipo di impegno dovuto o pretendibile da un soggetto nel realizzare un determinato fine (in particolare, nell'adempimento di un dovere o nell'osservanza di un onere); B) come formula di imputazione della responsabilità per il mancato adempimento di un dovere o di imputazione della mancata osservanza di un onere; C) come criterio posto a garanzia o a salvaguardia dell'equilibrio tra interessi che si contrappongono in un contratto o in una diversa relazione giuridica, che risponde, quindi, ad un'esigenza di moderazione e di bilanciamento equilibrato degli interessi in conflitto».

<sup>40</sup> V., tra gli altri, E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, cit., p. 172; ID., *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., p. 85; ID., *I contratti dei consumatori*, cit., p. 578; A.I. MICELI, *Art. 1469 quinquies comma 2*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova 1999, p. 188; F. RICCI, *I contratti del consumatore in generale*, in *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*, a cura di L. Rossi Carleo, Torino 2012, p. 62; P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, cit., p. 206; A. FICI, *Art. 36 – Nullità di protezione*, cit., p. 886.



screpanze in parola senza soffermarsi ad analizzarle nel dettaglio come invece noi abbiamo tentato di fare nelle pagine precedenti.

Decisamente più complessa, come subito vedremo, è la seconda questione che abbiamo visto essere sollevata dalle norme in discorso, ovvero sia la ricostruzione del trattamento normativo alle quali possono ritenersi sottoposte le clausole ivi contemporaneamente contemplate.

A tale riguardo, non sembra superfluo ricordare che il co. 2 dell'art. 33 cod. cons. assoggetta un lungo elenco di clausole che possono essere contenute nei contratti stipulati tra professionisti e consumatori ad una «presunzione» di vessatorietà<sup>41</sup> in favore del consumatore medesimo, valevole fino alla prova contraria, incumbente sul professionista, che può essere da quest'ultimo fornita, secondo l'orientamento assolutamente maggioritario, in tre differenti modi: innanzitutto, dimostrando che la clausola, nel concreto regolamento contrattuale e alla luce dei criteri indicati nell'art. 34, co. 1, cod. cons., non determina un significativo squilibrio in violazione della buona fede a carico del consumatore; in secondo luogo, fornendo la prova che la clausola riproduce una norma di legge ai sensi dell'art. 34, co. 3, cod. cons.; da ultimo, provando che la clausola ha formato oggetto di trattativa individuale con il consumatore ai sensi dell'art. 34, co. 4, cod. cons.<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Viene da più parti rilevato che, in realtà, nella norma in esame non ci si trova di fronte ad una vera e propria presunzione *ex artt. 2727 ss. cod. civ.*, posto che quest'ultima riguarda «fatti» e non giudizi, quale invece è, per l'appunto, quello relativo alla vessatorietà o non di una determinata clausola: di conseguenza si riconosce che, attraverso un atecnico e impreciso ricorso al concetto di «presunzione» valevole «fino a prova contraria», il legislatore ha invero introdotto una regola di ripartizione dell'onere della prova, sostanzialmente fondata su di una valutazione legale tipica di vessatorietà delle clausole che vengono ivi elencate, diversa da quella che discenderebbe dall'applicazione dell'art. 2697 cod. civ. ed evidentemente funzionale ad una maggior tutela del consumatore, il quale viene, per l'appunto, sollevato dall'onere di provare la vessatorietà delle clausole in discorso (per questi rilievi v., per tutti, S. TROIANO, *Art. 33, I, Osservazioni generali. La vessatorietà delle clausole e la presunzione di cui al 2° comma*, cit., p. 274, e la dottrina ivi citata; nel senso che la presunzione in discorso avrebbe ad oggetto «un fatto, quale è il comportamento scorretto del professionista, e non già un mero apprezzamento circa la rilevanza dello squilibrio che ne consegue nei rapporti tra le parti», v., invece, A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 705). Nelle pagine che seguono, in linea con la dottrina assolutamente maggioritaria, si continuerà comunque a parlare di «presunzione» (relativa e assoluta) di vessatorietà in sintonia con il linguaggio utilizzato dal Codice del consumo, nella convinzione che l'imprecisione di questa espressione normativa non preclude la possibilità di ragionare e riflettere, dal punto di vista tecnico-giuridico, «come se» quella in esame fosse una vera e propria presunzione.

<sup>42</sup> Su tutto questo v., anche per ulteriori citazioni in tal senso, S. TROIANO, *Art. 33, I, Osservazioni generali. La vessatorietà delle clausole e la presunzione di cui al 2° comma*, cit., p. 275 s., nonché, in giurisprudenza, Cass. 20 agosto 2010, n. 18785, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 99, con nota di M. FARNETI, *Della trattativa individuale: ancora delucidazioni da parte dei giudici di legittimità*.

Secondo un orientamento del tutto minoritario, la prova contraria della presunzione di vessatorietà non potrebbe, invece, essere fornita dal professionista dimostrando la non vessatorietà in concreto della clausola, profilandosi altrimenti una contraddizione con la ricostruzione dell'art. 33, co. 2, cod. cons. nei termini di valutazione legale tipica della vessatorietà (v. *supra*, nota 41): detta prova contraria, secondo questa impostazione, potrebbe infatti consistere soltanto nella dimostrazione di fatti impeditivi della vessatorietà – ovvero sia fatti che non negano l'esistenza della fattispecie legale, ma si limitano a impedire il prodursi dei suoi effetti giuridici – e non nell'assenza del fatto costitutivo della vessatorietà medesima, mentre gli elementi considerati nell'art. 34, c., 1 cod. cons. rileverebbero nel secondo senso essendo fatti che negano, giustificandolo, lo squilibrio di diritti

# JUS CIVILE



Il fatto che le clausole contemplate, in particolare, nelle lett. a), b) e l) del co. 2 dell'art. 33 cod. cons. vengano ripetute nel co. 2 dell'art. 36 cod. cons., il quale afferma che le stesse «sono nulle [...] quantunque oggetto di trattativa» tra professionista e consumatore, pone pertanto l'interprete di fronte a due possibili opzioni ermeneutiche: la prima è ritenere che le clausole in discorso siano (anch'esse) sottoposte alla presunzione relativa di vessatorietà stabilita dal co. 2 dell'art. 33 cod. cons., per vincere la quale non sarebbe però concesso fare ricorso, in loro presenza, alla prova contraria della trattativa individuale, ma soltanto alle altre prove attraverso le quali il professionista può generalmente superare la presunzione in parola<sup>43</sup>; in alternativa, si potrebbe sostenere che le clausole in oggetto in realtà costituiscono una “lista nera” di clausole da considerarsi sempre e senz'altro nulle, in quanto sottoposte ad una presunzione assoluta di vessatorietà che il professionista non potrebbe in alcun modo vincere: interpretazione, questa, che si risolve in sostanza nella disapplicazione, rispetto a tali clausole, della regola di presunzione relativa di cui all'art. 33, co. 2, cod. cons.

Prima di esaminare da vicino la questione appena prospettata, sembra peraltro opportuno svolgere alcune riflessioni in merito alla sua effettiva rilevanza applicativa, quest'ultima essendo stata, non di rado, svalutata in dottrina sulla scorta di due ordini di argomentazioni.

Una prima ragione per cui sarebbe sterile discutere se le clausole contemplate nel co. 2 dell'art. 36 cod. cons. siano oggetto di una presunzione relativa o assoluta di vessatorietà è stata rinvenuta nel fatto che le clausole medesime andrebbero, comunque, considerate sempre nulle o comunque inefficaci nei confronti del consumatore sulla scorta di altre disposizioni contenute al di fuori del codice del consumo: quelle di cui alla lett. a) potrebbero, infatti, già ritenersi colpite da nullità ai sensi dell'art. 1229, co. 2, cod. civ. nonché dell'art. 1322, co. 2, cod. civ.<sup>44</sup>; questo

---

e doveri a carico del consumatore (A. FICI, *Art. 36 – Nullità di protezione*, cit., p. 761 ss.). A smentire la correttezza di questo ragionamento, tuttavia, pare sufficiente evidenziare che «non si comprende [...] perché ammettere la prova di fatti che negano l'esistenza stessa della vessatorietà andrebbe in contraddizione con la tesi della valutazione legale di vessatorietà: la contraddizione non c'è se si separano i due piani, quello astratto e quello concreto, di valutazione» (S. TROIANO, *Art. 33, I, Osservazioni generali. La vessatorietà delle clausole e la presunzione di cui al 2° comma*, cit., p. 275).

<sup>43</sup> Vale la pena evidenziare che ciò non costituirebbe alcuna anomalia, in quanto il nostro ordinamento già conosce ipotesi di presunzioni legali relative – da taluno denominate «miste» o «semi-assolute» – che ammettono soltanto alcuni tipi di prova contraria: in argomento, v. S. PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Art. 2721-2729*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2001, p. 87, nonché S. MAZZARESE, *Art. 2728*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, VI, Napoli 2010, p. 321.

<sup>44</sup> In questo senso v., per esempio, L. CABELLA PISU, *Art. 33, comma 2, lett. a) e b) e art. 36, comma 2, lettere a) e b)*, in *I Contratti del consumatore. Commentario al codice del consumo*, a cura di E. Cesàro, 4<sup>a</sup> ed., Padova 2007, p. 72 s.; G. BERNARDI, *Art. 1469-bis, 3° comma, n. 1 – Art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 1*, cit., p. 223; A. GORGONI, *Art. 33 comma 2 lett. b)*, cit., p. 240. Per comprendere appieno quanto appena detto nel testo, vale la pena ricordare che, alla stregua dell'art. 1229, co. 2, cod. civ., sono concordemente considerati nulli, fra gli altri, i patti di esonero da responsabilità civile per danni alla persona, non potendosi dubitare che costituiscono «obblighi derivanti da norme di ordine pubblico» quelli relativi alla protezione dell'integrità fisica e morale dell'individuo, e che allo stesso risultato si ritiene potersi giungere facendo leva sull'art. 1322, co. 2, cod. civ., posto che accordi siffatti non potrebbero certo reputarsi indirizzati a realizzare interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento.



ragionamento, qualora fosse tale da poter essere condiviso, ben potrebbe essere allora ripetuto con riguardo alle clausole contemplate dalla lett. *b*), con l'eccezione dei casi in cui le clausole stesse vengano circoscritte alle ipotesi di responsabilità del professionista per colpa lieve<sup>45</sup>; le clausole di cui alla lett. *c*), infine, troverebbero comunque adeguata sanzione sulla scorta della disciplina prevista dall'art. 1341, co. 1, cod. civ. nelle ipotesi in cui tale norma risulti applicabile al contratto stipulato tra il professionista e il consumatore, mentre qualora ciò non accada – per essere stato il contratto predisposto dal professionista per una singola operazione – a sancire la nullità delle clausole in discorso soccorrerebbero addirittura «i principi generali che disciplinano la manifestazione di volontà»<sup>46</sup>.

Smentisce nettamente la correttezza di queste affermazioni, tuttavia, la circostanza – che del resto non sfugge a una parte di quanti ritengono priva di rilevanza la questione della “lista nera” – che la qualificazione in termini di vessatorietà delle clausole in esame produce effetti *ulteriori* rispetto alla dichiarazione di nullità o di inefficacia che comunque deriverebbe dall'applicazione della disciplina di diritto comune preesistente all'attuazione della dir. 1993/13/CEE: la vessatorietà delle clausole in discorso permette, infatti, di escludere, ai sensi del co. 1 dell'art. 36 cod. cons., che la nullità delle stesse si estenda al resto del contratto secondo quanto disposto dall'art. 1419, co. 1, cod. civ. e apre le porte, inoltre, all'esperibilità dell'azione inibitoria contemplata dall'art. 37 cod. cons.<sup>47</sup> nonché alla tutela amministrativa contro le clausole vessatorie prevista dall'art. 37 *bis* cod. cons. Da tutto ciò discende, allora, che ritenere le clausole contemplate dal co. 2 dell'art. 36 cod. cons. assoggettate ad una presunzione di vessatorietà di carattere assoluto oppure relativo non può essere considerata un'alternativa del tutto *indifferente*, poiché soltanto nella seconda ipotesi rimane aperta la possibilità che il professionista fornisca la prova contraria alla presunzione di vessatorietà e che, pertanto, le clausole in parola, pur rimanendo nulle secondo la disciplina di diritto comune, sfuggano, in quanto non vessatorie, all'applicazione della speciale regola sulla nullità parziale prevista dal co. 1 dell'art. 36 cod. cons., alla disciplina

---

<sup>45</sup> In quanto estranea alla protezione della vita e dell'integrità fisica della persona, la lett. *b*) dell'art. 36, co. 2, cond. cons. non trova infatti riscontro nel co. 2 dell'art. 1229 cod. civ. né nel co. 2 dell'art. 1322 cod. civ., bensì nell'art. 1229, co. 1, cod. civ., il quale sancisce la nullità dei patti di esonero o limitazione della responsabilità del debitore per dolo o colpa grave e, pertanto, implicitamente ne riconosce la validità qualora siano circoscritti alle ipotesi di colpa lieve dell'obbligato.

<sup>46</sup> E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, cit., p. 582. In termini non dissimili, seppure più problematici, v., inoltre, G. CIAN, *Il nuovo Capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del Codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, cit., p. 416, il quale si chiede «se la rinuncia del consumatore alla possibilità di conoscere certe clausole prima della conclusione del contratto non urti già contro principi generali relativi al concetto stesso di manifestazione di volontà, con conseguente invalidità della clausola e delle conseguenze che se ne vorrebbero far derivare anche a prescindere dalla peculiarità dei rapporti fra professionisti e consumatori».

<sup>47</sup> Per questi rilievi, seppure limitatamente alle clausole contemplate alla lett. *a*) dell'art. 36, co. 2, cod. cons., cfr., tra gli altri, A.I. MICELI, *Art. 1469 quinquies comma 2*, cit., p. 189; G. BERNARDI, *Art. 1469-bis, 3° comma, n. 1 – Art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 1*, cit., p. 224 s.; A. GORGONI, *Art. 33 comma 2 lett. a)*, cit., p. 242 s.; E. PODDIGHE, *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 153 s.; A. BARENGHI, *Art. 36*, cit., p. 272.



dell'azione inibitoria contenuta nell'art. 37 cod. cons. e alla normativa sulla tutela amministrativa contro le clausole vessatorie di cui all'art. 37 *bis* cod. cons.

Un secondo argomento portato a sostegno dell'opinione che ritiene sostanzialmente inutile sforzarsi di risolvere il problema della "lista nera" consiste, poi, nel rilevare che, anche accogliendo la tesi secondo cui le clausole del co. 2 dell'art. 36 cod. cons. sarebbero oggetto di una presunzione relativa di vessatorietà non superabile attraverso la prova contraria della trattativa individuale, parrebbe doversi comunque giungere alla conclusione di considerare dette clausole sempre (o quasi sempre) nulle a causa dell'estrema difficoltà, per non dire impossibilità, di immaginare che il professionista possa avvalersi delle altre prove contrarie messe a disposizione dall'ordinamento: sarebbe in altri termini impensabile, secondo questa prospettiva, che le clausole in discorso, così estremamente gravose nei confronti del consumatore, possano essere considerate concretamente inidonee a determinare un significativo squilibrio in violazione della buona fede a carico del consumatore stesso ai sensi dell'art. 34, co. 1, cod. cons.<sup>48</sup>; e altrettanto inverosimile, sempre in questo ordine di idee, sarebbe da considerare pure l'eventualità che esistano disposizioni normative, di diritto interno o sovranazionale, delle quali le clausole in esame possano costituire la «riproduzione» ai sensi dell'art. 34, co. 3, cod. cons.<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Va precisato che, con specifico riguardo alle clausole di cui alla lett. c) dell'art. 36, co. 2, cod. cons., è in particolare controverso se il professionista possa vincere la presunzione di vessatorietà dimostrando che le clausole richiamate *per relationem* nel contratto stipulato con il professionista – e che egli, tuttavia, non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione dell'accordo – non sono vessatorie. In senso negativo, taluno ritiene che la norma in esame colpirebbe tutte le clausole che estendono il consenso del consumatore a clausole che egli non poteva conoscere prima della conclusione del contratto, a prescindere dalla vessatorietà o meno di queste ultime: secondo i sostenitori di questo orientamento, tanto la lettera quanto la *ratio* della norma porterebbero infatti a pensare che il legislatore consideri *in sé* vessatorio – a prescindere, cioè, dal carattere vessatorio o meno delle clausole richiamate *per relationem* nel testo dell'accordo – il meccanismo di introduzione nel contratto di clausole "a sorpresa" (F. PASCUCCI, *Art. 33, comma 2, lett. l)*, cit., p. 198; A. GORGONI, *Art. 33 comma 2 lett. l)*, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. Vettori, Padova 2007, p. 277, 280; nello stesso senso, seppure senza condividere fino in fondo le considerazioni appena svolte, v. pure R. CARLEO, *Art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 3*, cit., p. 1067 s.). Per giustificare la soluzione opposta è stato, tuttavia, evidenziato come una così rigida applicazione della norma finisca per contrastare con lo stesso obiettivo di tutela del consumatore che pervade tutta la disciplina degli artt. 33 ss. cod. cons. nella misura in cui impone di eliminare dal contenuto dell'accordo anche clausole ignote che, eventualmente, si rivelino non pregiudizievoli o addirittura vantaggiose per il consumatore stesso (E. Poddighe, *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 163), il quale, d'altro canto, insistendo per espungerle dal contenuto del contratto avanzerebbe, in questi casi, una pretesa immeritevole di essere accolta perché contraria alla buona fede (E. Navarretta, *Art. 1469-quinquies, comma 2°*, cit., p. 900 s.). Non si manca di osservare, inoltre, che la soluzione secondo cui le clausole contemplate dalla lett. c) del co. 2 dell'art. 36 cod. cons. sono vessatorie solo nella misura in cui lo siano pure le clausole alle quali esse fanno rinvio apparirebbe anche maggiormente in linea con la finalità generale, propria di tutta la disciplina delle clausole vessatorie, di introdurre un controllo di carattere sostanziale nei contratti del consumatore (così lo stesso R. CARLEO, *Art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 3*, cit., p. 1071).

<sup>49</sup> In questo senso cfr., per esempio, E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, cit., p. 174; ID., *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., p. 85 s.; ID., *I contratti dei consumatori*, cit., p. 579; E. Poddighe, *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 151 s.; E. NAVARRETTA, *Art. 1469-quinquies, comma 2°*, cit., p. 871; P. CHIRICO, *Art. 36*, cit., p. 603; A. FICI, *Art. 36 – Nullità di protezione*, cit., p. 889 (il quale giunge a questa conclusione, peraltro, prendendo le mosse dalla tesi – già esa-



Anche queste affermazioni sembrano essere, tuttavia, assai poco convincenti<sup>50</sup>, ciò che del resto può dirsi, in termini più generali, di tutte le argomentazioni che vogliono dimostrare l'irrelevanza di un determinato problema di carattere teorico, attinente alla precisa ricostruzione della disciplina positiva, facendo leva sul suo (preteso o reale) scarso impatto dal punto di vista pratico. Nel nostro specifico caso, poi, quest'ultimo profilo appare tutto da dimostrare: sembra essere, invero, una mera petizione di principio affermare che le clausole elencate nel co. 2 dell'art. 36 cod. cons. non sarebbero *mai* suscettibili di essere valutate come non vessatorie in quanto non comportanti un significativo squilibrio a carico del consumatore, considerate la complessità del giudizio a tale riguardo richiesto dal co. 1 dell'art. 33 cod. cons. e la molteplicità degli elementi e dei parametri che lo guidano ai sensi del co. 1 dell'art. 34 cod. cons. E lo stesso può dirsi, a ben vedere, anche in merito all'idea secondo cui sarebbe del tutto improbabile che esistano disposizioni normative in grado di essere riprodotte dalle clausole in discorso ai fini di quanto previsto nel co. 3 dell'art. 34 cod. cons.: a tale riguardo è sufficiente ricordare, per esempio, che accogliendo la tesi della presunzione relativa di vessatorietà delle clausole in esame, verrebbe fatta salva, ai sensi della norma da ultimo ricordata, la clausola – di per sé suscettibile di ricadere nell'ambito di applicazione delle lett. a) e b) dell'art. 36, co. 2, cod. cons. – che riproducesse il disposto dell'art. 2236 cod. civ., ovvero sia che prevedesse espressamente l'esclusione della responsabilità del professionista per danni cagionati nello svolgimento di prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, tranne il caso di dolo o colpa grave<sup>51</sup>.

In forza di tutto quanto appena detto, pertanto, sembra doversi concludere che il problema della “lista nera”, lungi dal poter essere tranquillamente messo da parte in ragione della sua scarsa (o nulla) rilevanza applicativa, senz'altro merita di essere approfondito e risolto con una soluzione sufficientemente meditata.

5. – Entrando finalmente nel vivo della questione, si può iniziare rilevando che i fautori della tesi secondo cui le clausole contemplate nel co. 2 dell'art. 36 cod. cons. sarebbero sottoposte ad una presunzione relativa di vessatorietà, per vincere la quale non sarebbe però concesso fare ricorso alla prova contraria della trattativa individuale, fanno fondamentalmente leva sulle seguenti argomentazioni.

---

minata e criticata *supra*, nella nota 42 – secondo cui la presunzione di vessatorietà di tutte le clausole previste dall'art. 33, co. 2, cod. cons. non potrebbe essere vinta provando la non vessatorietà in concreto delle medesime).

<sup>50</sup> Cfr. E. NAVARRETTA, *Art. 1469-quinquies, comma 2°*, cit., p. 871, secondo cui l'estrema difficoltà, per il professionista, di fornire la prova contraria della presunzione di vessatorietà delle clausole in esame costituirebbe una mera «constatazione pragmatica non [...] sufficiente a sorreggere la tesi della *black list*».

<sup>51</sup> Sul punto, v. G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano 1996, p. 19; G. SCALFI, *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 445; E. PODDIGHE, *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 154; G. STELLA, *Art. 1469-bis, comma 3, n. 2, c.c.*, cit., p. 194.



Innanzitutto, si osserva che tale interpretazione consentirebbe, da un lato, di attribuire un significato alla ripetizione, altrimenti priva di senso, delle clausole in oggetto nel co. 2 dell'art. 33 cod. cons., mentre dall'altro troverebbe conferma allorché, leggendo il co. 2 dell'art. 36 cod. cons. in connessione con il co. 1 dello stesso articolo, ci si avvede che le clausole in questione sono in realtà nulle soltanto qualora possano essere «considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34» cod. cons. stesso<sup>52</sup>.

D'altra parte, si aggiunge, considerare le clausole elencate nel co. 2 dell'art. 36 cod. cons. sempre e senz'altro nulle – come sostenuto dalla tesi avversaria, che verrà tra poco esaminata – significherebbe assoggettarle ad una presunzione *assoluta* di vessatorietà della quale la norma da ultimo richiamata non fa alcuna menzione; mentre a contenere un'espressa previsione nel senso della presunzione *relativa* di vessatorietà è il co. 2 dell'art. 33 cod. cons., sicché è (soltanto) a quest'ultima norma che parrebbe appropriato fare riferimento per ricostruire la disciplina applicabile alle clausole in parola<sup>53</sup>. La contraria tesi che riconosce l'irrimediabile nullità delle medesime, infine, è stata contestata pure in quanto sacrificherebbe l'esigenza, imposta dal parametro della buona fede di cui al co. 1 dell'art. 33 cod. cons., di svolgere il giudizio di vessatorietà tenendo sempre conto degli specifici interessi in gioco nel caso concreto<sup>54</sup>.

I sostenitori dell'opposta tesi della “lista nera”, secondo cui le clausole contemplate nel co. 2 dell'art. 36 cod. cons. sarebbero cioè sottoposte ad una presunzione assoluta di vessatorietà<sup>55</sup>, muovono invece dal presupposto che la ripetizione delle clausole in discorso nel co. 2 dell'art. 33 cod. cons. costituirebbe soltanto un'insanabile incoerenza normativa, frutto della negligenza e della disattenzione del nostro legislatore, alla quale dovrebbe essere conseguentemente negato ogni rilievo. In questo senso si osserva che, se il legislatore stesso avesse davvero voluto (soltanto) escludere la rilevanza della prova contraria della trattativa per superare una presunzione

---

<sup>52</sup> G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, cit., p. 10; V. ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1996, p. 9; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, cit., p. 173; ID., *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., p. 85; ID., *I contratti dei consumatori*, cit., p. 578 s.; M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, cit., p. 444 s.; E. PODDIGHE, *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*, cit., 151; G. CHINÉ, *Consumatore (contratti del)*, cit., p. 417; A. TULLIO, *Il contratto per adesione*, Milano 1997, p. 79 s.; F. LAPERTOSA, *Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 720; A. FICI, *Art. 36 – Nullità di protezione*, cit., p. 886 ss. In senso adesivo nei confronti di questa impostazione v., inoltre: G. LENER, R. BOCCHINI, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, cit., p. 194 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., p. 381, nota 34; P. GALLO, *Trattato del contratto. I. La formazione*, Torino 2010, p. 816 s.

<sup>53</sup> E. NAVARRETTA, *Art. 1469-quinquies, comma 2°*, cit., p. 867 s.

<sup>54</sup> E. NAVARRETTA, *Art. 1469-quinquies, comma 2°*, cit., p. 870.

<sup>55</sup> In questo senso v., oltre agli autori di seguito citati, G. SCIANCALEPORE, *Art. 33*, in *Commentario al codice del consumo*, a cura di P. Stanzone e G. Sciancalepore, Milano 2006, p. 246; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino 2012, p. 178 s.; F. RICCI, *I contratti del consumatore in generale*, cit., p. 62; A. BARENGHI, *I contratti dei consumatori*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, III, 2, Milano 2009, p. 142; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 2ª ed., Padova 2010, p. 544.



relativa di vessatorietà di queste clausole, avrebbe potuto procedere in modo senz'altro più semplice e lineare che ripeterle in due distinti elenchi, per di più introdotti dalle due differenti formulazioni dell'art. 36, co. 2 e dell'art. 33, co. 2, cod. cons., nel quale ultimo le clausole in parola sono state inserite a causa di un difetto di coordinamento al quale non sarebbe, pertanto, appropriato attribuire alcun reale significato sul piano ermeneutico<sup>56</sup>.

Muovendosi in questa prospettiva, una volta riconosciuta l'irrelevanza della disposizione da ultimo richiamata al fine della ricostruzione della disciplina contenuta nell'art. 36, co. 2, cod. cons., il regime di irrimediabile nullità delle clausole ivi elencate emergerebbe allora, secondo i sostenitori della tesi della "lista nera", dal dato letterale – secondo cui tali clausole «sono» nulle – dello stesso co. 2 dell'art. 36 cod. cons.<sup>57</sup> e troverebbe anche giustificazione nella particolare onerosità che dette clausole presentano per la posizione del consumatore<sup>58</sup> nonché nell'auspicabile conseguenza di costringere i professionisti ad eliminare senz'altro e immediatamente, anziché solo al termine di eventuali e lunghe controversie giudiziarie, clausole di questo tipo dai propri modelli contrattuali<sup>59</sup>.

Mettendo ora a confronto le due tesi che abbiamo appena finito di esporre, sembra doversi accordare la preferenza alla prima di esse, in quanto maggiormente conforme a principi interpretativi ampiamente consolidati nella nostra esperienza giuridica.

In tal senso è dato osservare, innanzitutto, che la tesi della "lista nera" sostanzialmente muove dall'idea che la ripetizione delle clausole contemplate dal co. 2 dell'art. 36 cod. cons. nell'elenco contenuto nel co. 2 dell'art. 33 cod. cons. andrebbe considerata priva di ogni rilievo in quanto non è stata realmente voluta dal legislatore, ma è dovuta solamente ad un difetto di coordinamento dei lavori di attuazione della dir. 1993/13/CEE. Orbene, questo dato potrà anche essere vero, ma non sembra proprio che ciò autorizzi l'interprete a sottovalutare completamente il

---

<sup>56</sup> F. ASTONE, *Art. 1469-quinquies*, cit., p. 197 s.; A.I. MICELI, *Art. 1469 quinquies comma 2*, cit., p. 187; P. CHIRICO, *Art. 36*, cit., p. 602; C. CASTRONOVO, *Profili della nuova disciplina delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., p. 14 s.; R. CALVO, *I contratti del consumatore*, cit., p. 228 ss.

<sup>57</sup> C. CASTRONOVO, *Profili della nuova disciplina delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., p. 14; R. CALVO, *I contratti del consumatore*, cit., p. 229; P. CHIRICO, *Art. 36*, cit., p. 602; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 866, secondo cui tale argomentazione avrebbe acquistato maggior peso con il passaggio, avvenuto con il codice del consumo, dalla sanzione dell'inefficacia a quella della nullità delle clausole vessatorie: secondo questo Autore, invero, dopo questa novella legislativa «si acuisce la difficoltà di considerare tali clausole non nulle senz'altro, bensì nulle ancorché negoziate ma soltanto se produttive di uno squilibrio significativo contrario alla buona fede. La nullità di quelle clausole non dipende in alcun modo dalla decisione precontrattuale del consumatore (che potrebbe anche negoziarle, senza tuttavia escluderne l'abusività); è coerente che non dipenda nemmeno dal giudizio di abusività condotto dal giudice (che potrebbe ritenerle o meno foriere di eccessivo squilibrio)».

<sup>58</sup> P. CHIRICO, *Art. 36*, cit., p. 603; F. ASTONE, *Art. 1469-quinquies*, cit., p. 203 s.

<sup>59</sup> A.I. MICELI, *Art. 1469 quinquies comma 2*, cit., p. 187; F. ASTONE, *Art. 1469-quinquies*, cit., p. 199 s., secondo cui da tale interpretazione deriverebbe anche «un migliore assetto del mercato, ponendo [essa] tutti gli operatori in condizione di adeguarsi con celerità, senza alterazione della concorrenza e distribuzione casuale – a seconda delle proposizioni e dell'andamento delle liti giudiziarie – dei costi di processo di adeguamento».



fatto che, come si diceva sopra, le clausole in discorso vengono ripetute nei due articoli summenzionati: in termini generali, infatti, nessun canone interpretativo consente (o addirittura impone) di negare rilevanza a determinate indicazioni normative in virtù del semplice fatto che queste sono da imputare all'imprecisione e alla disattenzione del legislatore. A tale riguardo, va invero ricordato come pacificamente si riconosca che, una volta che una determinata disposizione sia entrata a far parte dell'ordinamento positivo, «la volontà del comando giuridico ha [...] una sua vita che rimane staccata da quella del suo autore»<sup>60</sup> e che deve essere appurata lasciando in secondo piano le ragioni contingenti e specifiche – tra le quali sembra che debbano essere fatte rientrare, per l'appunto, anche l'imprecisione e la disattenzione dei redattori del testo legislativo – della presenza della norma nel sistema<sup>61</sup>. Del resto, anche laddove si ritenesse di dover dare rilievo alle intenzioni del “legislatore storico” ai fini dell'interpretazione, nel nostro caso si potrebbe comunque rilevare che la mancata eliminazione, in occasione della redazione del Codice del consumo, della ripetizione delle clausole contemplate dal co. 2 dell'art. 36 cod. cons. nell'elenco di cui al co. 2 dell'art. 33 cod. cons. sembra far pensare che a questa ripetizione il legislatore abbia voluto che venga attribuito un qualche rilievo ermeneutico, piuttosto che la medesima venga, invece, ignorata<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Così A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 58; in argomento v., inoltre, ID., *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica*, Scritti di A. Trabucchi raccolti e ordinati da G. Cian e R. Pescara, Padova 1988, p. 153, ove l'Autore insegna che «il legislatore non è soltanto la persona responsabile dell'attività legislativa, ma è un soggetto irreali con una presenza immanente nell'ordinamento e nel sistema. L'autore della norma, i soggetti che l'hanno formulata e ne sono, come autori, politicamente responsabili, si sono [...] staccati dalla stessa, che ha ricevuto una sua vita indipendente e oggettiva. Resta vivo il legislatore come figura mitica che si considera accanto alla norma nella sua vita, per determinare di quest'ultima il significato, nello scopo per cui fu decisa e nel suo adeguarsi alla storia».

<sup>61</sup> Quello ora sottoposto alla nostra attenzione non è certamente l'unico caso in cui si assiste a contrasti interpretativi di questo tipo. Un altro significativo esempio di come la dottrina e la giurisprudenza, chiamate ad interpretare norme “mal scritte”, si dividano sul punto se dare o meno rilievo al fatto che i dubbi ermeneutici vengono sollevati non da una precisa intenzione del legislatore, bensì da scarsa attenzione e impreparazione dei redattori della norma, è offerto, di recente, dalla disciplina della responsabilità medica contenuta nell'art. 3 della c.d. Legge Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, recante «Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute», poi convertito con la l. 8 novembre 2012, n. 189): in argomento, sia consentito rinviare a M. FACCIOLI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della Legge Balduzzi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 97 ss.

<sup>62</sup> Il ragionamento non sarebbe molto diverso, quindi, da quello che viene da più parti proposto con riguardo alla mancata modificazione, in occasione della redazione del codice del consumo, dell'espressione «malgrado la buona fede» di cui al co. 1 dell'art. 33 cod. cons., per trarne conferma del fatto che la buona fede dovrebbe essere in questa norma intesa in senso di buona fede soggettiva del predisponente e non di buona fede oggettiva: sul punto cfr., anche per ulteriori citazioni, S. TROIANO, *Art. 33, I, Osservazioni generali. La vessatorietà delle clausole e la presunzione di cui al 2° comma*, cit., p. 260, il quale, peraltro, correttamente ribadisce (p. 262) che «per sciogliere questo nodo interpretativo, il criterio basato sulla volontà storica del legislatore (quale si desume dai numerosi passaggi parlamentari della legge di recepimento e, da ultimo, anche dalla relazione al codice del consumo) può avere un valore indicativo [...], ma, nel dubbio, non può sovvertire il significato che alla norma induce ad attribuire il criterio teleologico (o funzionale), che solo è in grado di illuminare il significato della stessa».



Oltre a quanto finora considerato, dev'essere a questo punto evidenziato che l'opposta soluzione, nel ricostruire la disciplina delle clausole di cui al co. 2 dell'art. 36 cod. cons. tenendo correttamente conto del fatto che esse sono presenti anche nel co. 2 dell'art. 33 cod. cons., trova, di converso, importante appoggio nel c.d. principio di conservazione delle norme di legge, ovvero nel principio che impone di interpretare ogni dato normativo – nel nostro caso, la ripetizione delle clausole nelle due norme sopra ricordate – nel senso che appare idoneo ad attribuirgli un qualche significato piuttosto che nel senso, opposto, per cui il medesimo è privo di un suo autonomo rilievo e non aggiunge nulla al sistema<sup>63</sup>.

A rendere preferibile la tesi che considera le clausole in esame sottoposte ad una presunzione relativa (seppure non vincibile con la prova contraria della trattativa individuale) e non assoluta di vessatorietà contribuisce, infine, anche un altro principio proprio della materia interpretativa, questa volta più specificamente riferito al campo delle presunzioni<sup>64</sup>. Con riguardo a questo istituto, è stato, invero, autorevolmente osservato che, tutte le volte in cui vi sia un dubbio circa la natura di una presunzione stabilita dalla legge che non è possibile risolvere con sufficiente certezza in un senso o nell'altro, deve essere preferita l'interpretazione che considera la presunzione come relativa e non assoluta<sup>65</sup>: quest'ultima soluzione, infatti, riduce l'ambito della prova e quindi l'accertamento della verità sostanziale<sup>66</sup>, accertamento che, invece, «è un compito di centrale rilievo del processo, poiché soltanto un procedimento tendente alla verità garantisce una efficace tutela dei diritti individuali e con ciò la realizzazione dell'ordinamento»<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Sul punto, v., fra i tanti, L. BIGLIAZZI GERI, F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA, U. NATOLI, *Diritto civile*, I.1. *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1987, p. 65, ove si sottolinea l'importanza del canone interpretativo costituito dal «principio di conservazione, enunciato per il contratto nell'art. 1367 [c.c.], ma, a maggior ragione, valido per la legge. Esso vuol dire che, in caso di dubbio, anche la legge deve interpretarsi nel senso in cui può avere effetto, anziché in quello in cui non ne avrebbe». Per analoghe considerazioni, v., inoltre, C. GRASSETTI, *Conservazione (Principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 173, il quale sostiene che «per principio di conservazione si può intendere [...] un canone ermeneutico che, enunciato legislativamente per la materia contrattuale nell'art. 1367 c.c., ispira tutto il nostro ordinamento giuridico. Si parla di un principio di conservazione del contratto o, più largamente, del negozio giuridico, di un principio di conservazione della sentenza e degli atti processuali e, infine, di un principio di conservazione della norma giuridica: a ben vedere, si tratta di aspetti particolari del più lato principio di conservazione dell'atto giuridico».

<sup>64</sup> Circa la possibilità di ragionare in questi termini nonostante la non riconducibilità della disciplina prevista nell'art. 33, co. 2, cod. cons. all'istituto della presunzione propriamente intesa, v. *supra*, nota 41.

<sup>65</sup> S. PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Artt. 2721-2729*, cit., p. 87.

<sup>66</sup> S. PATTI, *Della prova testimoniale. Delle presunzioni. Artt. 2721-2729*, cit., p. 87, nota 13; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari 2009, spec. p. 231 s., nel testo e in nota 186.

<sup>67</sup> S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti 2010, p. 64. Sul tema del ruolo della ricerca della verità nel processo civile è, poi, d'obbligo il rinvio all'indagine svolta da M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., *passim*.



6. – Come qualsiasi trattazione in tema di clausole vessatorie dei contratti dei consumatori, anche la nostra indagine non sarebbe ovviamente completa senza volgere uno sguardo conclusivo, seppure sintetico, all’ordinamento degli altri Paesi europei nonché alle previsioni contenute nei più significativi progetti e documenti in materia di diritto privato europeo che sono stati elaborati negli ultimi anni.

Iniziando dai primi, ciò che si rileva è che la tecnica normativa della predisposizione di una “lista nera” di clausole vessatorie, pur essendo presente – accanto, comunque, ad una “lista grigia” di clausole soltanto presunte vessatorie fino a prova contraria – nell’ordinamento che notoriamente è stato preso a modello dal legislatore comunitario per l’elaborazione della dir. 1993/13/CEE, vale a dire l’ordinamento tedesco<sup>68</sup>, non è stata successivamente adottata in modo uniforme in sede di attuazione della direttiva: i singoli legislatori nazionali, infatti, si sono suddivisi, in maniera del tutto eterogenea, tra quanti hanno ritenuto di elaborare liste di entrambi i tipi seguendo l’esempio germanico, quanti hanno preferito adottare solamente una “lista nera” e quanti, infine, hanno optato per l’adozione di una sola “lista grigia”<sup>69</sup>.

Indicazioni parimenti contrastanti sono, del resto, offerte anche dai sopra menzionati progetti e documenti in materia di diritto privato europeo, dei quali pare sufficiente limitarsi ad esaminare, nell’economia di questo contributo, il *Draft common frame of reference (DCFR)* e la Proposta di Regolamento UE dell’ottobre 2010 relativo ad un Diritto Comune Europeo della Vendita (*Common European Sales Law – CESL*).

Ciò che si osserva, infatti, è che nel *DCFR* risulta presente, nell’art. II.–9:410, un’ampia “lista grigia” di «*terms which are presumed to be unfair in contracts between a business and a consumer*», mentre manca una vera e propria “lista nera”, in quanto a essere considerate sempre e senz’altro *unfair* senza possibilità di prova contraria sono soltanto le «*exclusive jurisdiction clauses*» contemplate nell’art. II.–9:409: secondo gli studiosi che hanno predisposto il *Draft*, a suggerire questa disciplina – che da questo punto di vista appare, tra l’altro, del tutto conforme a quella contenuta negli artt. 6:304 e 6:305 dei c.d. Principi *Acquis*<sup>70</sup> – è stata la considerazione che «*even this very short “black list” with only one item [...] proves the disadvantages of such a rigid approach*» e che, di conseguenza, appare preferibile adottare «*the favourable and more*

---

<sup>68</sup> V., rispettivamente, i §§ 309 (lista nera) e 308 (lista grigia) BGB.

<sup>69</sup> Per maggiori dettagli relativi agli ordinamenti dei singoli Stati, v. M. EBERS, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l’attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive di armonizzazione*, in *Contr. e impr./Europa*, 2007, p. 711 ss., nonché *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, edited by C. von Bar and E. Clive, I, Munich 2009, p. 666 s.

<sup>70</sup> Con riguardo all’art. 6:304 dei Principi, v. M. MELI, *Trasparenza e vessatorietà delle clausole nei contratti di adesione*, in *I «principi» del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino 2009, p. 467, la quale, dopo avere parlato di «lista nera», osserva che «per la verità, non di una vera e propria lista si tratta, visto che contiene il riferimento a una sola tipologia di clausola».



*flexible approach*» dato dalla predisposizione di una (sola) *grey list* di più estesa portata<sup>71</sup>.

Quella che potremmo chiamare «tecnica legislativa c.d. “tripartita” (clausola generale + due elenchi)»<sup>72</sup> ricompare però nella *CESL*<sup>73</sup>, che nella disciplina dedicata alla contrattazione consumeristica contiene due lunghi elenchi di clausole rispettivamente considerate «*always unfair*» (art. 84) e «*presumed to be unfair*» (art. 85), quindi una “lista nera” e una “lista grigia”, che vengono da taluno apprezzate per la loro capacità di favorire l’armonizzazione della disciplina in esame<sup>74</sup>, da altri, invece, criticate dal punto di vista della discutibilità della scelta relativa all’inserimento di talune clausole nell’una piuttosto che nell’altra delle liste medesime<sup>75</sup>.

Alla luce delle riflessioni sopra svolte, pertanto, sembra potersi concludere che la presenza, all’interno di una disciplina di tutela del consumatore, di una “lista nera” di clausole sempre e comunque vessatorie non è imposta (né ovviamente esclusa) da alcun ragionamento o principio di carattere squisitamente tecnico-giuridico, che possa quindi aiutare a risolvere la questione dell’interpretazione dell’art. 36, co. 2, cod. cons.: essa pare dover essere, piuttosto, considerata una mera «*political question*»<sup>76</sup> che, fintantoché non verrà risolta imperativamente dal legislatore europeo, continuerà ad essere diversamente risolta nei singoli Stati dell’Unione a seconda della sensibilità e della discrezionalità dei rispettivi legislatori nazionali.

---

<sup>71</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, cit., p. 664.

<sup>72</sup> Sono parole di F.P. PATTI, *Le clausole abusive e l’“optional instrument” nel percorso di armonizzazione europea*, in *Contr. e impr./Europa*, 2011, p. 688.

<sup>73</sup> La continuità con il diritto tedesco e gli altri diritti nazionali che utilizzano questa tecnica normativa è messa in rilievo, tra gli altri, da F. MÖSLEIN, in *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, herausgegeben von M. Schmidt-Kessel, München 2014, p. 460 s., il quale rileva la mancanza, da questo punto di vista, di un «*echten Entwicklungssprung*» nella disciplina in esame.

<sup>74</sup> In questo senso v., per esempio, F.P. PATTI, *Le clausole abusive e l’“optional instrument” nel percorso di armonizzazione europea*, cit., p. 686 ss., il quale afferma, tra le altre cose, che «in linea teorica la previsione delle liste dovrebbe determinare un utilizzo soltanto residuale della clausola di buona fede [...], riducendo quindi i problemi connessi alla concretizzazione del parametro generale» dell’*unfairness* delineato dall’art. 83 della *CESL*. Per una riflessione di carattere più generale sui rapporti tra l’utilizzo di clausole generali e concetti giuridici indeterminati da un lato e l’armonizzazione del diritto privato europeo dall’altro, v. S. TROIANO, *Clausole generali e nozioni giuridiche indeterminate nei principi acquis del diritto comunitario dei contratti*, in *I «principi» del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino 2009, p. 189 ss., spec. p. 224 ss.

<sup>75</sup> D. MAZEAUD, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, in *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, edited by R. Schulze, Baden-Baden 2012, p. 392 s.

<sup>76</sup> In questo senso cfr., ancora, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, cit., p. 664.