



TECHNICAL REPORT

IIT TR-08/2022

LA DIRETTIVA 93/13/CEE NELL'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA ED I RISVOLTI PRATICI/APPLICATIVI

I. Sannicandro, V. Luzzi

TECHNICAL REPORT

**LA DIRETTIVA 93/13/CEE NELL'EVOLUZIONE
DELLA GIURISPRUDENZA ED I RISVOLTI PRATICI/APPLICATIVI.**

AUTRICI:

Irene Sannicandro

Virginia Luzzi

ABSTRACT.

Il seguente documento ha come finalità quella di delineare l'ambito di applicazione della Direttiva 93/13/CEE avente ad oggetto le clausole abusive nei contratti stipulati tra imprese ed i consumatori.

La Direttiva comunitaria in esame si colloca in un contesto nazionale che già prevedeva norme prescrittive, solamente a livello formale, in materia contrattuale¹ che introducono un *favor* per il contraente debole. La tutela predisposta però era apparsa insufficiente poiché non in grado di proteggere in modo sostanziale il contraente debole, bastava infatti una doppia firma per far approvare all'aderente qualsiasi cosa, si creavano sostanzialmente delle diseguaglianze che derivavano da asimmetrie dovute alla predisposizione unilaterale di clausole a vantaggio del contraente forte.

La Direttiva comunitaria 93/13 è di fondamentale importanza proprio perché ha cercato di concretizzare effettivamente una protezione al contraente debole aderente ad un contratto da altri predisposto, soprattutto laddove l'aderente sia qualificato come consumatore.

Importante sottolineare anche quella che è stata l'evoluzione della Giurisprudenza della Corte Europea in merito alla materia in oggetto ed infine il seguente percorso di costituzionalizzazione del diritto privato di diritto europeo, con particolare attenzione al diritto dei contratti, salvaguardando quelli che sono i principi fondamentali declinati dalla nostra Costituzione.

Segue una valutazione sulla eventuale configurazione del CNR come contraente debole

PREMESSA.

Il diritto dei consumatori ha da sempre rappresentato una delle componenti fulcro del diritto dei contratti dell'Unione Europea.

Il percorso storico che ha determinato la creazione di un mercato unico teso alla protezione dei consumatori è stato introdotto con il Welfare State o Stato del benessere, dopo l'unificazione Tedesca del 1860, ove l'obiettivo primario dell'ordinamento era quello di assicurare alla collettività un livello minimo irrinunciabile di benessere.

Solo a partire dal secondo dopoguerra però possiamo parlare di Stato sociale in cui le politiche erano incentrate, non solo a favorire i consumatori, ma anche a garantire ai gruppi sociali meno abbienti maggiori tutele all'interno del libero mercato².

¹ In particolare si fa riferimento agli artt. 1341 e ss del Codice Civile.

² R. Bin e G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, G. Giappichelli ed., Torino, 2014, pp. 103-107.

Questa funzione allocata allo Stato si manifesta nella disciplina dei contratti di lavoro, nella disciplina dei rapporti di locazione abitativa e dei contratti agrari e in alcuni paesi, fra i quali non è ricompresa l'Italia, nel diritto dei consumatori.

In questo periodo storico gli Stati iniziano ad intervenire per ammortizzare le diseguaglianze derivanti dalla liberalizzazione economica e dal principio di libertà del contratto, tipicamente nei rapporti di lavoro con intervento a sostegno della parte più debole.

Il diritto dei consumatori può essere definito, inizialmente, come una limitazione dei principi del contratto classico ai sensi (nell'ordinamento italiano), dell'art.1321 c.c., *“Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”*, al quale si ricollega l'autonomia contrattuale di cui all'art.1322 c.c., *“le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative”*.

L'art. 1321 c.c. in combinazione con l'art. 1375 c.c. (principio secondo il quale il contratto ha forza di legge tra le parti) esprime il principio di autonomia privata che ha alla sua base la libertà del contratto la quale, a sua volta, non è altro che espressione del principio di auto-responsabilità; chi si immette nel mercato assume il rischio delle proprie scelte e lo Stato non può intervenire per fare l'interesse di una delle parti, astenendosi.

La libertà contrattuale si fonda su un'idea di contratto come accordo che è realizzato tra soggetti che si rapportano su un piano di eguaglianza astratta.

Negli anni 90, il diritto dei consumatori è stato percepito come una delimitazione della disciplina generale in materia contrattuale poiché lo Stato interviene con una regolamentazione a carattere speciale per disciplinare situazioni di disparità contrattuale e asimmetria

Nelle trattative le parti discutono il contenuto del futuro contratto e ciascuna di esse cerca di ottenere le condizioni più favorevoli a proprio vantaggio ma il procedimento di conclusione del contratto a mezzo di trattative individuali non può essere sempre adottato e si dimostra sempre complicato laddove si tratti di contratti di massa ossia di contratti che una impresa conclude con un ingente numero di individui.

Le grandi imprese nel contesto della produzione di massa, per ridurre i rischi di contenziosi e i costi di transazione predispongono “contratti di adesione” nei quali inseriscono clausole uniformi e standardizzate, cioè condizioni generali del contratto che il cliente può, in alternativa netta, accettare o rifiutare: *prendre ou laisser*³.

Nell'ordinamento italiano le norme di interesse introdotte dal codice civile a tutela delle parti aderenti ai contratti seriali con clausole unilaterali formulate per regolare uniformemente una serie indefinita di rapporti sono gli 1340 e 1341 c.c. (condizioni generali dei contratti).

³ A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, XVI ed., Giuffrè editore, 2015, pp. 701.704.

Il referente del legislatore era l'aderente (indistinto) e non il consumatore debole di riferimento del legislatore europeo. Il legislatore italiano con l'applicazione delle norme del c.c., sulle condizioni generali di contratto, mirava a contrastare gli abusi che potevano originare dalla tecnica di contrattazione. Il giudice poteva fare un controllo fondamentalmente formale e non sostanziale

Dopo l'entrata in vigore della direttiva 93/13 gli articoli suddetti del codice civile hanno visto ridurre il loro campo applicativo sebbene non sia stato eliminato del tutto. La nuova normativa non ha abrogato quella contenuta all'interno del Codice ma presenta un campo di applicazione differente poiché non è limitato soltanto a contratti conformi a condizioni generali bensì l'ambito di applicazione abbraccia qualsiasi patto qualificabile come abusivo.

L'asimmetria negoziale tra privati è una caratteristica strutturale del mercato caratterizzato dal libero scambio che si ritrova lungo l'evoluzione normativa della UE: dalla creazione della Comunità Economica Europea nel 1957 al trattato di Maastricht nel 1992 per arrivare al Trattato di Lisbona nel 2009.

I Trattati costitutivi e di funzionamento delle istituzioni e l'attività della Corte di giustizia e delle Corti nazionali degli Stati membri avevano l'obiettivo dell'integrazione del mercato interno basato sulla libera circolazione dei lavoratori, delle merci, dei servizi, dei capitali e caratterizzato da condizioni di concorrenza non falsate né da comportamenti degli attori economici, né dall'azione dei poteri pubblici.

Il raggiungimento di un mercato efficiente e integrato è finalizzato a favorire la pace tra gli stati e la democrazia e a tal fine il libero mercato deve essere regolamentato per non tendere al monopolio.

L'asimmetria del potere negoziale ed informativa tra le parti costituisce un *vulnus* per il libero mercato ed è fonte di ingiustizia sociale dal legislatore europeo⁴.

Caratteristiche dell'evoluzione normativa della UE:

-sottoscrizione nel 1968 della Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale contenente regole speciali destinate a trovare applicazione a tutte e soltanto le controversie "*in materia di vendita a rate dei beni mobili materiali o di prestito con rimborso rateizzato connesso al finanziamento di un vendita di tali beni*"

⁴ "Si tratta, in particolare, di affidare agli strumenti privatistici, e in specie al contratto, il compito di perseguire non la pura efficienza, bensì una giustizia inclusiva nel mercato, capace di contribuire alla prevenzione delle ingiustizie sociali, e, al contempo, di dare corso a quel corollario dell'economia sociale di mercato che è la consapevolezza dei limiti della regolamentazione del mercato, che non può in toto sopperire a taluni interventi di giustizia sociale". E. Navarretta, *Costituzione, Europa e Diritto Privato: Effettività e Drittwirkung, ripensando la complessità giuridica*, G. Giappichelli Editore, 2017, pp. 3 e ss.

: si introduce per la prima volta la nozione di consumatore come soggetto che conclude il contratto per uso estraneo alla sua attività professionale,

Fase legislativa tra il 1975 e 1985 in cui il profilo di consumatore di riferimento del legislatore europeo è un consumatore debole.

- Risoluzione del Consiglio del 1975 con cui si dà inizio alla politica economica volta a costruire un mercato unico, un'unione economia e monetaria e la tutela dei consumatori attraverso una politica di protezione e di informazione del consumatore. Si indica al legislatore comunitario l'adozione di disposizioni di armonizzazione delle legislazioni nazionali concernenti le condizioni generali per la concessione di crediti al consumo, contro la pubblicità lesiva della sua libertà individuale, contro le pratiche commerciali abusive e la responsabilità per i danni cagionati da prodotti difettosi.

- Convenzione di Roma (1980), ad integrazione e completamento della Convenzione di Bruxelles (1968), disciplina in maniera uniforme i limiti entro cui le parti di un contratto transfrontaliero avrebbero potuto con apposita pattuizione scegliere la legge nazionale regolatrice del rapporto contrattuale, limiti applicabili, indistintamente, a qualsiasi contratto avente per oggetto la fornitura di cose mobili materiali e servizi.

Fase del consumatore responsabile che va dal 1986-1999.

-Dir. 85/577/CEE concernente la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, viene identificata la seconda fase evolutiva del diritto europeo dei consumatori che va dal 1986-1999.

- direttiva 93/13/CEE di armonizzazione minima relativamente alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Si vuole garantire un livello minimo ed uniforme di protezione dei consumatori contestualmente ad interventi legislativi nazionali volti a garantire un livello di protezione del consumatore (nazionale) superiore.

La direttiva suddetta consente che il consumatore acquisisca informazioni utili alla valutazione del prodotto e servizio dal soggetto che esercita un'attività professionale o imprenditoriale prima della conclusione del contratto.

Nell'ambito della dir. 93/13/CEE la Corte di Giustizia pronuncia alcune sentenze relative a questioni pregiudiziali inerenti clausole oscure o abusive dei contratti. Sono abusive le clausole che creano un significativo squilibrio tra diritti ed obblighi dei consumatori nei confronti della parte professionale del contratto privato, trasferendo, di fatto, i rischi del contratto su una parte debole.

La direttiva si articola prevalentemente su due punti; un controllo giudiziale sulle c.d. clausole abusive e uno strumento preventivo, *ex ante*, di *market policy*.

In merito al primo punto, il controllo giudiziale sulle clausole abusive viene messo in atto dal giudice interpellato direttamente dal consumatore sulla validità di una clausola che potrebbe essere a danno del contraente debole aderente. La Corte precedentemente applicava il principio tradizionale della domanda (principio secondo il quale “chi vuole agire in giudizio, deve proporre domanda) di conseguenza il giudice poteva pronunciare sulla abusività di una clausola solo se la questione era sollevata da colui che ne voleva dichiarare la nullità. Attualmente la disciplina è cambiata poiché la Corte ha ravvisato come il giudice nazionale può esaminare d’ufficio il problema della abusività senza attendere una sollecitazione da parte del privato. Questo ha comportato l’ampliamento dei poteri del giudice e una tutela maggiore del consumatore.

Il secondo punto affronta invece la predisposizione di uno strumento preventivo di *market policy* di competenza di soggetti privati, associazioni dei consumatori e di imprese. Queste associazioni possono chiedere una tutela inibitoria prescindendo dall’effettivo ricorso alla giurisdizione.

Nonostante le ottime prospettazioni la direttiva rimase dormiente per quasi dieci anni sino al suo risveglio avvenuto intorno ai primi anni 2000 per divenire al centro di una serie di pronunce inerenti a questioni pregiudiziali da parte della Corte di Giustizia, questioni sollevate principalmente dai giudici nazionali.

Fase del consumatore efficiente (2000-2011)

Agli inizi degli anni 2000 c’era l’ambizione di rendere il mercato dell’Unione il mercato più competitivo del mondo ponendo i consumatori nella posizione di acquistare senza alcun tipo di restrizioni o limitazioni. Anni proiettati verso la massima armonizzazione.

- Le direttive più importanti sono: Direttiva sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari (2002/65), sulle pratiche commerciali sleali (2005/29 CE), contratti di credito (2008/48 CE), diritto dei consumatori (2011/83 UE). Quest’ultima nasce con l’ambizione di riformulare tutte le direttive europee preesistenti in materia di tutela dei consumatori ma finisce per occuparsi solo della vendita (sostituisce la Direttiva 85/577 e 97/7). Si tratta di interventi di massima armonizzazione, quindi, tendono a non introdurre novità clamorose, quanto a confermare il progresso. C’è una volontà del legislatore europeo di uniformare le regole giuridiche applicabili al diritto dei consumatori in tutta la UE con la convinzione che facendo funzionare il mercato dal lato dei servizi allora in automatico anche i consumatori ne ricaveranno dei benefici.

Nel perseguire l'obiettivo di superare la frammentazione dei diritti nazionali e rendere il diritto privato europeo più sistematico nascono due progetti rivali che erano mossi entrambi dalla volontà di rendere il diritto privato europeo più sistematico, più simile al diritto nazionale: statuto del diritto dei consumatori e progetto per un regolamento per un "diritto comune europeo della vendita".

I due progetti non vengono realizzati in quanto è emerso un problema di "pintillistic" tra le diverse direttive evidenziando frizioni tra le stesse e i diritti privati nazionali.

Nel 2010 viene elaborata una proposta di Regolamento, che prevedeva un regime opzionale, per i contratti di vendita trans-frontalieri, alternativo al diritto internazionale privato e, su facoltà degli istati, applicabile anche a quello interno. Questo progetto di regolamento è anche denominato "progetto del quadro comune di riferimento", perché tutta la fase preparatoria è caratterizzata dalla necessità di garantire un quadro comune del diritto privato europeo. Questa proposta viene ritirata dalla commissione a seguito di aspre critiche quali: violazione del principio di sussidiarietà, in quanto l'ostacolo alle transazioni non è costituita dalla differenza dei regimi giuridici quanto dalle barriere linguistiche; critiche di metodo in quanto il regolamento non avrebbe disciplinato l'intero arco di vita del contratto e, dunque, non sarebbe stato autosufficiente (le regole sulla illiceità, sulla rappresentanza, sull'efficacia non erano contemplate); infine critiche di merito legale alla nozione di consumatore, troppo restrittiva.

Il secondo progetto dello "Statuto dei diritti del consumatore" persegue l'obiettivo di fondere in un unico strumento (una direttiva di massima armonizzazione) le quattro grandi direttive sul diritto dei consumatori: la Direttiva 577/85 sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, che aveva come principale novità un potere straordinario di recesso per compensare la maggiore vulnerabilità del consumatore; la Direttiva 13/93 sulle clausole abusive; la Direttiva 7/97 sui contratti a distanza; e la Direttiva 44/99 sulla vendita e garanzie dei beni di consumo. Si cerca di unificare e armonizzare tutte le direttive in modo da superare le incongruenze, così per avere un primo nucleo di codice dei contratti B2C. Questo strumento si rivela così ampio che, in presenza di un diritto dei contratti individualizzato per ogni stato, creerebbe una serie di discrasie e incongruenze nei punti di intersezione, laddove il diritto europeo poggia sempre sul diritto nazionale nel momento di andare a trovare il rimedio. La Commissione pertanto ritira il progetto, ma ripresenta un progetto ridimensionato: la Direttiva 83/2011 che sostanzialmente imprime una maggiore coerenza alle regole dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza.

La direttiva 83/2011 (Diritti dei consumatori) introduce una armonizzazione massima ma solo su determinati settori, in un'area della contrattazione caratterizzata dalla presenza di tecnica di marketing a sorpresa. In base a questa direttiva gli stati non possono predisporre disposizioni divergenti, ma

possono: imporre obblighi di informazione aggiuntivi ed estenderle a soggetti diversi dai consumatori (ONG e piccole-medie imprese); possono disapplicarla a contratti di valore modesto (€ 50) o stabilire un valore inferiore.

Successivamente si sono susseguite: la Direttiva 17/2014 sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali; la Direttiva 771/2019 su determinati aspetti dei contratti di vendita dei beni, che abroga la precedente direttiva 44/99; la Direttiva 770/2019 su determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e servizi digitali. Questa è una fase in pieno corso in cui il legislatore europeo è preoccupato del mercato digitale

-Un focus sui Trattati di Lisbona del 2009.

Il mercato unico e la protezione del consumatore hanno da sempre rappresentato dunque un obiettivo fulcro dell'UE come declinato nello specifico ai sensi dell'art.3, comma 3, del TUE *“L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico”*; dell'art. 4, comma 2, lettera f) del TFUE *“L'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei principali seguenti settori: f) protezione dei consumatori”*; dell'art. 12 del TFUE *“Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori”*; dell'art.114 del TFUE *“Il Parlamento europeo e il Consiglio adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno”*; dell'art.169 del TFUE *“Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi”*; e dell'art.38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) *“Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori”*.

In detta materia (mercato unico e protezione dei consumatori), il legislatore europeo ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri in base all'art.4 del TFUE⁵.

⁵ *“L'Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri quando i trattati le attribuiscono una competenza che non rientra nei settori di cui agli articoli 3 e 6”*.

In base a quanto enunciato a livello normativo la predisposizione di una politica di tutela del consumatore ottimale ed efficiente permette di garantire un funzionamento soddisfacente del mercato unico, tutto ciò nella determinazione di un quadro generale equo per i contraenti che si trovano in una situazione di *vulnus*.

LE CLAUSOLE ABUSIVE

Il concetto di abusività è declinato ai sensi dell'art.3, comma 1, della Direttiva 93/13/CEE nei seguenti termini: *“Una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale si considera abusiva se, in contrasto con il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto”*.

La definizione di abusività fornita è molto complessa. Anzitutto c'è un elemento fattuale, ossia il fatto di non essere oggetto di negoziato individuale⁶, l'elemento è necessario ma non sufficiente, da cui scaturisce un sostanziale squilibrio che deve essere valutato dal giudice sulla base della buona fede. La buona fede, dunque, non è un elemento di valutazione statico, ma è un parametro di valutazione attribuito al giudice⁷.

La valutazione secondo buona fede deve riferirsi al contesto particolare del contratto stipulato. Il giudice dovrà, ai fini della valutazione, tenere presenti tutti quelli che sono gli elementi fattuali, i precedenti della giurisprudenza, l'interesse del consumatore (emerso solo di recente nello sviluppo di questa direttiva) alla comprensibilità del meccanismo di funzionamento del contratto.

⁶ Al paragrafo 2 dello stesso articolo si precisa il concetto di mancanza di un negoziato individuale *“Si considera che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente in particolare nell'ambito di un contratto di adesione e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto”*. L'elemento sul quale ricade è giusto porre l'attenzione è che il consumatore non ha potuto esercitare alcuna influenza sul contenuto del contratto poiché, drasticamente, o accetta o rifiuta le condizioni che sono dettate dalla controparte.

⁷ Per chiarire il concetto di buona fede è utile richiamare il considerando 16 della Direttiva 93/13: *“Considerando che la valutazione, secondo i criteri generali stabiliti, del carattere abusivo di clausole, in particolare nell'ambito di attività professionali a carattere pubblico per la prestazione di servizi collettivi che presuppongono una solidarietà fra utenti, deve essere integrata con uno strumento idoneo ad attuare una valutazione globale dei vari interessi in causa; che si tratta nella fattispecie del requisito di buona fede; che nel valutare la buona fede occorre rivolgere particolare attenzione alla forza delle rispettive posizioni delle parti, al quesito se il consumatore sia stato in qualche modo incoraggiato a dare il suo accordo alla clausola e se i beni o servizi siano stati venduti o forniti su ordine speciale del consumatore; 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 carattere abusivo è valutato sulla base della natura dei beni e dei servizi. Questi elementi vengono ripresi nel considerando 19 della direttiva *“considerando che la natura dei beni o servizi deve entrare nella valutazione del carattere abusivo delle clausole contrattuali”*.

Tale riferimento ha consentito alla Giurisprudenza di articolare e di differenziare tutto il settore della contrattazione B2C nei diversi settori economici. Questa direttiva ha ricadute diverse a seconda del settore economico di riferimento. Quindi il riferimento alla natura del bene e del servizio, la sua complessità tecnica in primo luogo ma anche l'incidenza sul benessere e sui diritti individuali di una persona, è un ulteriore indice di come la valutazione del giudice deve essere operata in concreto e tenendo conto di molte variabili: la prima, come detto, è il contesto del contratto; il secondo è il tipo di contratto, che bene o servizio ha ad oggetto, che ricadute questo può avere sul benessere o sui diritti fondamentali del contraente.

In altre parole, l'uso della buona fede non è arbitrario ma è agganciato alla valutazione globale fattuale, all'interpretazione della giurisprudenza e all'evoluzione del diritto normativo.

Utile, ai fini del concetto di abusività, è anche la lettura dell'art. 4: *“Fatto salvo l'articolo 7, il carattere abusivo di una clausola contrattuale è valutato tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetto del contratto e facendo riferimento, al momento della conclusione del contratto, a tutte le circostanze che accompagnano detta conclusione e a tutte le altre clausole del contratto o di un altro contratto da cui esso dipende”*. Dunque una valutazione *ex post*, in concreto, rimessa all'organo giurisdizionale.

Continua al comma 2: *“La valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile”*.

Questa disposizione era tradizionalmente interpretata nel senso di comprensibilità e chiarezza grammaticale. Oggi si fa riferimento al dovere di spiegare alla controparte come funziona la clausola e dei relativi rischi. Nei settori come quelli finanziari (mutui e assicurazioni) c'è una sorta di dovere fiduciario del soggetto che eroga la prestazione di farsi carico degli interessi di chi sottoscrive il contratto.

Al consumatore viene garantita comunque una protezione da parte sia del diritto europeo, sia del diritto nazionale in materia contrattuale *versus* le clausole abusive e si articola principalmente in due momenti, rispettivamente *ex ante* e *ex post*.

Il primo strumento giuridico, già richiamato precedentemente, è disciplinato ai sensi dell'art.7, comma 2, della direttiva che ha come finalità la prevenzione generale dell'uso di clausole abusive da parte del mercato. Le parti, per mezzo di associazioni rappresentative, possono sollevare le questioni agli organi amministrativi o giudiziari nazionali che, dopo aver dichiarato l'abusività della clausola, la inseriranno in una lista di clausole abusive non applicabili all'interno dello stato membro, dandone comunicazione alla Commissione, e innalzando così il livello di tutela del consumatore rispetto a quello richiesto dalla direttiva stessa.

Lo strumento invece che ha rilevanza *ex post* si inserisce appunto in un momento posteriore rispetto a clausole abusive contenute in contratti già conclusi. La politica della direttiva 93/13 prevede che siano i privati ad impugnare i contratti contrari all'interesse generale della libera concorrenza all'interno del mercato. Tutto ciò viene declinato ai sensi dell'articolo 6, comma 1, introducendo l'istituto della nullità parziale di protezione di una clausola abusiva, salvaguardando l'efficacia generale del contratto, dichiarando nulle solamente quelle clausole abusive senza cui le parti avrebbero ugualmente stipulato il contratto.

Ma ancora il legislatore prevede un regime di *favor* per il contraente debole ossia l'art.5 il quale recita *“Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore. Questa regola di interpretazione non è applicabile nell'ambito delle procedure previste all'articolo 7, paragrafo 2”*.

Questa norma è tradizionalmente letta nel senso di imporre un dovere di trasparenza e ha una portata più generale in quanto riguarda tutte le clausole del contratto concluse per iscritto. Se le parti hanno usato lo strumento scritto comunque il predisponente ha l'onere di formulare la clausola in modo chiaro e comprensibile. Se c'è un dubbio sul contratto prevale l'interpretazione più favorevole per il consumatore⁸.

Per una analisi maggiormente approfondita è necessaria una comparazione fra la disciplina delle clausole abusive, contenuta nella presente direttiva, e le clausole vessatorie contenute all'interno del Codice del Consumo in sinergia con la disciplina generale dei contratti⁹.

L'exkursus normativo che ha portato alla emanazione di detto articolo tiene conto del fatto che già all'interno dell'ordinamento italiano il legislatore aveva predisposto una serie di disposizioni

⁸ Si ricorda l'art. 1370 c.c., secondo cui le clausole generali, in caso di dubbi, vengono interpretate in senso favorevole alla parte che non ha predisposto il contratto.

⁹ Della Negra, *Il Fairness test nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, pp. 1062 e ss.

incentrate a delineare le condizioni generali del contratto proprio per uniformare un settore che spesso si risolveva a discapito del contraente debole, come sopra riportato, in particolare ai sensi degli artt. 1341 e ss.

Il codice civile permette di garantire una protezione, seppur formalmente, al consumatore proprio in ragione del fatto che, ai sensi dell'art.1341, le condizioni generali del contratto non siano efficaci (inefficacia assoluta) nei confronti dell'aderente qualora non siano state conosciute o fossero altrimenti conoscibili usando l'ordinaria diligenza e appositamente sottoscritte e accettate. In questo ultimo caso si fa riferimento alle clausole vessatorie che hanno ad oggetto una limitazione di responsabilità o di deroga alla competenza della autorità giudiziaria.

Tale tipo di tutela però rappresentava una tutela solo formale poiché il contraente, spesso non si dedicava alla lettura di testi contrattuali particolarmente articolati dei quali non possedeva nessuna conoscenza tecnico-giuridica.

Con l'emanazione della Direttiva 93/13, introdotta dalla legge 6 febbraio 1996, n. 56, nel Codice Civile (con l'inserimento del nuovo Capo XIV-bis dedicato ai contratti in generale) ed è poi confluita, con alcune modificazioni, nel Codice del Consumo (Parte III, Il rapporto di consumo, Titolo I, dei contratti del consumatore in generale) si giunge ad una vera e propria tutela di carattere sostanziale che si concretizza nell'intervento del giudice nazionale. Tale tipo di tutela sostanziale non abroga quella di carattere formale, rimessa all'articolo 1341, comma 2, il cui raggio di applicazione è ben definito rispetto a quello delle disposizioni del Codice del Consumo non riguardando specificatamente il consumatore bensì l'aderente quale che sia la sua condizione¹⁰.

Altro elemento di particolare importanza è declinato ai sensi dell'art. 36, comma 1, del Codice dei Consumatori che, per tutelare ulteriormente colui che si trova in una posizione di svantaggio, prevede *“Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto”*.¹¹ Si parla di nullità di protezione intesa come nullità parziale della sola

¹⁰ E. Navarretta, Costituzione, Europa e Diritto Privato: Effettività e Drittwirkung, ripensando la complessità giuridica, G. Giappichelli Editore, 2017, p. 386.

¹¹ Utile ricordare anche l'intero dettato dell'articolo: “2. Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di:

- a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;
- b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;
- c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

3. La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

4. Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive.

5. E' nulla ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese

clausola vessatoria che non investe il contratto nella sua interezza. Differentemente dalla disciplina prevista all'intero del Codice Civile.

Tuttavia l'intenzione del legislatore europeo di limitare il controllo giudiziale ai soli contratti dei consumatori è permesso solamente in un mercato concorrenziale poiché i professionisti tendono a criticare aspramente le imprese che predispongono delle condizioni generali manifestatamente squilibrate, ciò non può avvenire in mercati monopolistici o di oligopolio ma il contraente è automaticamente costretto a sottoscriverlo, se ha necessità di accedere al bene o al servizio in oggetto.

Infine la direttiva 93/13/CEE impone degli obblighi agli Stati membri rispetto alle clausole abusive con la finalità di garantire una protezione effettiva del consumatore alle condizioni stabilite dall'ordinamento interno e uniforme al dettato europeo.

Gli obblighi sono dettati dagli artt. 6, comma 1, e art.7, comma 1, della direttiva.

Il primo articolo¹² recita espressamente che gli Stati Membri prevedano clausole abusive non vincolanti per il consumatore e che il contratto non perda la sua efficacia anche senza la presenza di dette clausole non ritenute essenziali.

Laddove la carenza di una sola clausola o altre clausole abusive decretino l'inefficacia del contratto ecco che il giudice nazionale è tenuto a trovare rimedi ottimali ed efficaci che permettano di assicurare comunque al consumatore misure minimali di protezione.

La Corte di Giustizia è intervenuta poi successivamente ponendo l'obbligo in capo al giudice nazionale di rilevare d'ufficio l'eventuale presenza di clausole abusive non attendendo che il privato/consumatore lo adisca tramite il mero principio della domanda. Tale scelta a livello europeo è dettata dall'esigenza, in linea con la direttiva comunitaria, di assicurare al consumatore una tutela e una protezione non solo a livello nazionale ma anche, ampliandola, a livello comunitario.

extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente capo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea.

¹² “Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro”.

Infine l'art.7¹³, comma 1, già in parte precedentemente analizzato, chiarisce ulteriormente l'ingerenza degli Stati membri nel fornire mezzi adeguati al fine di cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori.

LA GIURISPRUDENZA CGUE.

La Direttiva 93/13 è inserita in un contesto giurisprudenziale dell'UE focalizzato su due elementi portanti: il rapporto giuridico che si instaura fra professionista e consumatore e la creazione di un mercato unico caratterizzato dalla libera concorrenza. La Corte di Giustizia dell'UE, con la giurisprudenza prodotta in merito alle questioni sollevate dai giudici nazionali, ha elaborato principi generali di rango primario nel diritto dei consumatori.

Il diritto europeo dei contratti è frutto della stretta collaborazione fra Corte di Giustizia dell'UE con i diversi tribunali nazionali grazie al principio di leale collaborazione di cui all'art.4, comma 3, del TUE che recita: *“In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati”*. Nonostante ciò vige comunque un principio di autonomia procedurale in cui si afferma che gli Stati membri, di conseguenza i giudici nazionali, sono lasciati liberi nella scelta dei rimedi discrezionali per assicurare una tutela effettiva, di carattere giurisdizionale, nei settori di competenza dell'UE. Tutto ciò è letto sempre in una ottica di attuazione effettiva del diritto dell'Unione europea tramite una interpretazione conforme al diritto comunitario nella attuazione degli obiettivi/scopi, la disapplicazione di norme nazionali contrastanti con l'assetto comunitario, ed infine il rinvio pregiudiziale.

I giudici nazionali, sempre conformità con la giurisprudenza UE, acquisiscono un potere sempre più incisivo per dare maggiore effettività al diritto dell'Unione Europea. La casistica giurisprudenziale fornisce una serie di testimonianze: l'esame di ufficio obbligatorio da parte del giudice della abusività delle clausole e dell'interpretazione conforme al dettato e agli scopi del diritto dell'Unione, chiamando il gioco il consumatore per comprendere se, effettivamente, sia stato consapevole o meno della presenza di abusività¹⁴. Ancora è utile citare il superamento dell'autorità di cosa giudicata¹⁵, della facoltà di disapplicare le clausole vessatorie anche in fase monitoria¹⁶, dell'esame del titolo esecutivo da parte del giudice dell'esecuzione, del mantenimento in vigore del contratto nonostante l'eliminazione delle clausole abusive salvo che l'inefficacia contrattuale non sia più favorevole al consumatore.

¹³ *“Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori”*.

¹⁴ Vd. Caso Oceano Grupo e vd. Caso Mostanza Claro.

¹⁵ Vd. Caso Asturcom.

¹⁶ Vd. Caso Aziz.

Di seguito verranno esposti due casi giuridici espressione di quelli che sono i poteri d'ufficio del giudice, in merito alla trasparenza contrattuale e sul connubio trasparenza e abuso.

Il primo caso "Aziz" ha ad oggetto la sottoscrizione di un contratto di mutuo della durata di trentatré anni per l'acquisto dell'abitazione assistito da garanzia ipotecaria.

Il contratto di mutuo contiene due clausole rivelatesi abusive e oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte del giudice:

1) una clausola con la previsione di interessi di mora del 18,75% annuali applicabili automaticamente agli importi non versati alla scadenza, senza necessità di sollecito,

2) la facoltà di dichiarare esigibile l'intero importo residuo se uno dei termini prestabiliti dalle parti era scaduto con la possibilità di avvalersi del procedimento di esecuzione ipotecaria per recuperare il debito residuo dietro presentazione di un certificato rilasciato da notaio sul debito residuo

Il sig. Aziz sospende il pagamento dopo 11 rate e la società erogatrice del mutuo, ottenuta la certificazione del debito residuo, avvia direttamente il procedimento esecutivo per recuperare l'importo residuo oltre interessi ordinari e di mora.

Aziz non si presenta (quindi non si oppone) e il giudice dispone l'esecuzione. Si svolge quindi l'asta giudiziaria e non si presentano offerenti. Il giudice ammette quindi che l'immobile sia aggiudicato al 50% del valore e fissa la data del trasferimento e dello sfratto per Aziz

Aziz chiede al tribunale una sentenza dichiarativa di nullità della clausola relativa all'esecuzione ritenendola abusiva e di conseguenza chiede anche l'annullamento della sentenza esecutiva

Le domande rivolte dal giudice del rinvio alla Corte di Giustizia sono principalmente le seguenti:

1) il giudice chiede se la direttiva 93/13 risulta incompatibile con una normativa che non ammette di eccepire, in sede di esecuzione, l'abusività della clausola e che, qualora il consumatore avesse ragione (nullità della causa) non consenta di adottare i provvedimenti provvisori che garantiscano la piena efficacia della decisione finale

L'eventuale declaratoria di abusività della clausola, infatti, sarebbe inutile se il giudice non potesse sospendere il procedimento esecutivo in quanto il consumatore, alla fine del processo, non potrebbe comunque rientrare nel possesso della sua abitazione ma un semplice risarcimento.

2) Con il secondo quesito, il giudice spagnolo richiede precisazioni in merito alla nozione di clausola abusiva: come si può determinare l'abusività della clausola, quali sono i parametri di giudizio, in particolare con riferimento a una clausola tipica dei mutui la c.d. *acceleration clause* (esigibilità anticipata in base alla quale anche in presenza di un singolo inadempimento il creditore può automaticamente pretendere l'intero ammontare del credito).

Il diritto processuale spagnolo e la legge ipotecaria prevedevano la vendita all'incanto (quindi l'aggiudicazione del bene oggetto di ipoteca irreversibile) anche nel caso in cui fosse risultata la natura abusiva della clausola. Quindi anche nel caso in cui la natura abusiva della clausola avesse giustificato la nullità del processo di esecuzione, fatta salva l'ipotesi in cui il consumatore avesse tempestivamente sollevato il problema della nullità della clausola in margine all'iscrizione di ipoteca. Qui c'è un profilo processuale che viene messo in crisi, perché Aziz non era completamente privo di tutela, avrebbe potuto sollevare in sede di iscrizione di ipoteca il problema della nullità della clausola. Il problema è che Aziz agisce solo quando il procedimento di vendita è avviato.

La CGUE afferma che *“sussiste un rischio non trascurabile che il consumatore interessato non proceda a detta annotazione preliminare entro i termini impartiti a tal fine, vuoi a causa del carattere estremamente rapido del procedimento esecutivo in questione, vuoi perché ignora o non comprende la portata dei suoi diritti”* si ha una concretizzazione della figura del consumatore. La Corte conclude affermando che *“la direttiva deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale non prevede, nel contesto di un procedimento di esecuzione ipotecaria, motivi di opposizione tratti dal carattere abusivo di una clausola contrattuale che costituisce il fondamento del titolo esecutivo, e, al contempo, non consente al giudice del merito, competente a valutare il carattere abusivo di una clausola del genere, di emanare provvedimenti provvisori, tra cui, in particolare, la sospensione di detto procedimento esecutivo, allorché la concessione di tali provvedimenti risulta necessaria per garantire la piena efficacia della sua decisione finale”*.

La Corte individua un rimedio temporaneo comunque finché non venga accertata l'abusività o meno del titolo in base al quale è stata avviata la procedura esecutiva. È un rimedio che il sistema processuale spagnolo non prevedeva ma che deve essere introdotto. Laddove il diritto processuale nazionale non riesca a sostenere con propri strumenti specifici gli obiettivi dell'Ue, allora il principio di autonomia procedurale si riduce.

La Corte poi aggiunge che il dovere di introdurre un rimedio anche se non previsto dalla legge *“vale a maggior ragione qualora, come accade nel procedimento principale, il bene su cui grava la garanzia ipotecaria costituisca l'abitazione del consumatore leso e della sua famiglia, poiché questo meccanismo di tutela dei consumatori limitato al risarcimento dei danni non consente di evitare la perdita definitiva ed irreversibile di suddetta abitazione”*.

Il risarcimento non è un rimedio idoneo laddove sia possibile garantire alla persona che chiede la tutela di un diritto proprio il bene oggetto di quel diritto. Il ragionamento della Corte si muove nella direzione dell'effettività del diritto europeo, che inizia ad avere una doppia proiezione: effettività dell'ordinamento unitario e effettività della tutela del consumatore.

Dopo questo ricorso il legislatore ha modificato la legge sul processo esecutivo rendendo opponibile anche in sede esecutiva attraverso l'inefficacia della clausola del contratto a fondamento della esecuzione.

Il secondo quesito sollevato riguarda una serie di precisazioni in merito alla nozione di clausola abusiva e, in particolare, la c.d. clausola di *acceleration clause*, ove gli elementi analizzati sono l'importanza dell'obbligo inadempito nell'economia complessiva del rapporto contrattuale (art. 1354 cc nel nostro ordinamento è previsto il grave inadempimento e il giudice deve valutarlo). Trattandosi di un contratto di mutuo occorre verificare l'importanza dell'inadempimento in relazione alla durata del contratto e all'importo dovuto.

Con riferimento alla clausola degli interessi di moratoria del 18,75% la Corte afferma che “il giudice del rinvio dovrà verificare [...], da un lato, le norme nazionali applicabili tra le parti [...] e, dall'altro, il livello del tasso di interesse di mora stabilito, rispetto al tasso di interesse legale, onde appurare che esso sia idoneo a garantire il conseguimento delle finalità che esso persegue nello Stato membro interessato e non ecceda quanto necessario per realizzarle”.

Il giudice deve appurare che il tasso di interesse sia idoneo a garantire la finalità normale di mettere pressione al debitore ma senza eccedere in base al principio di proporzionalità

La valutazione di abusività di una clausola non è mai un giudizio assoluto: la clausola non è abusiva in sé e per sé, ma nella misura in cui il contesto normativo nazionale non individui strumenti per farvi fronte.

Nel caso *Arpad Kasler contro OTP Jelzàlogbanck Zrt* invece la questione posta alla CGUE concerneva la clausola abusiva di un contratto di mutuo relativa al corso di cambio applicabile ai rimborsi di un mutuo espresso in valuta estera.

Sostanzialmente l'importo della somma presa a mutuo è stabilito in base al corso di acquisto del fiorino alla data di erogazione del mutuo stesso mentre le rate mensili di restituzione vengono espresse in base al corso di acquisto del franco svizzero del giorno precedente la rata.

La clausola risulta non chiara e non consente al mutuatario una opportuna valutazione circa la convenienza e l'appetibilità del mutuo

La giurisprudenza della CGUE espone l'obbligo di redazione delle clausole in modo trasparente sia in senso linguistico che di comprensibilità nel contesto complessivo del contratto. La Corte dice: “*ai fini del rispetto dell'obbligo di trasparenza, è di rilevanza essenziale, il punto se il contratto esponga in modo trasparente il motivo e le modalità del meccanismo di conversione della valuta estera nonché*

il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo di modo che il consumatore possa prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le conseguenze economiche che gliene derivano".

L'art. 4 della direttiva funziona come un filtro (quello della trasparenza) e la Corte inizia a precisare il concetto di trasparenza in senso lato.

La trasparenza impone alla controparte professionale di colmare nei limiti del possibile l'asimmetria informativa. Diventa importante un'attività di counseling, la banca che offre un mutuo deve farsi carico dell'interesse del consumatore. L'informazione diviene una risorsa

Inoltre è rilevante anche il bene che viene acquistato: garantire che i consumatori abbiano un corretto accesso ai mutui per la prima casa consente di difendere il diritto fondamentale all'abitazione come nel caso Aziz. Inoltre, se i consumatori possono accedere in maniera corretta al mercato dei mutui, senza rischi di clausole abusive, si alimenta la fiducia nel mercato e la sua stessa stabilità. Il controllo sulla predisposizione di clausole corrette da parte del giudice può aiutare a prevenire conseguenze sociali negative (perdita prima casa non sostituibile con risarcimento del danno) e a evitare che circolino prodotti difettosi sul mercato

Talvolta le clausole dei contratti celano costi occulti del prezzo finale del mutuo, senza dare al consumatore alcun servizio in cambio. Si tratta di meccanismi di occultamento del costo reale del mutuo e meccanismi di spostamento del rischio da una parte all'altra.

La Corte osserva che l'art. 4: *"impone anche che il contratto esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale si riferisce la clausola in parola nonché, se del caso, il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole, di modo che tale consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano"*. Afferma poi che *"spetta al giudice nazionale, quando valuta le circostanze ricorrenti al momento della conclusione del contratto, verificare che, nella causa in discussione, sia stato comunicato al consumatore il complesso degli elementi idonei a incidere sulla portata del suo impegno e che gli consentono di valutare, segnatamente, il costo totale del suo mutuo"*.

Con il termine "comunicare la CGUE intende che le clausole siano espresse in maniera chiara e comprensibile a un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento, quindi la trasparenza implica chiarezza e menzione delle informazioni essenziali per lo specifico contratto e sufficienti per consentire al consumatore di prendere decisioni prudenti e consapevoli

Un altro punto affrontato dalla CGUE riguarda le conseguenze della mancanza di trasparenza.

L'obbligo di trasparenza non riguarda solo le clausole essenziali (*core terms*), perché anche l'art. 5, al comma 1, afferma che nel caso in cui la clausola sia ambigua, questa dovrà essere interpretata nel senso più favorevole al consumatore. Non è sempre semplice capire quale significato è più favorevole al consumatore¹⁷.

Se l'obbligo di redigere la clausola in modo comprensibile grava sul predisponente, il costo dell'ambiguità deve ricadere sul predisponente. Si parla di dubbi in senso pratico relativi al problema dell'ambiguità della clausola nel corso del contraddittorio e che riguardano il caso concreto.

COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO DEL DIRITTO DI COMPETENZA DELL'UE.

Con l'espressione "costituzionalizzazione del diritto privato del diritto di competenza dell'UE" si fa riferimento ai diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario e alla loro effettiva applicazione orizzontale nell'ordinamento nazionale.

L'effetto diretto, o *self executing*, riguarda principalmente le norme, nozione elaborata direttamente dall'interprete ossia dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, e intesa come la capacità di una norma europea, appunto, di creare direttamente diritti in capo ai singoli anche senza l'intermediazione dell'atto normativo statale.

Quando si parla di dimensione costituzionale del diritto privato europeo si deve tener presente che si tratta di un concetto stratificato che prenda in considerazione una molteplicità di testi di carattere costituzionale che esprimono una protezione avanzata dei diritti fondamentali

Per esempio, a differenza dei trattati Ue, le norme della convenzione EDU non hanno una forza equa ordinata alla costituzione. La Corte costituzionale (nelle sentenze gemelle N348/349 del 2007) ha precisato che nell'ambito della Convenzione EDU le disposizioni hanno una posizione intermedia nella gerarchia delle fonti fra la costituzione e le leggi ordinarie: in concreto la Corte costituzionale si riserva il potere di valutare se le norme della convenzione, nell'interpretazione che dà loro la corte EDU, sono compatibili con la costituzione italiana.

Occorre anche evidenziare che il concetto di diritto fondamentale nell'ordinamento dell'unione non è omogeneo: in particolare i diritti fondamentali tanto europolitani quanto nazionali non hanno un

¹⁷ Nell'ordinamento italiano si veda nell'art. 1370 c.c.

significato perfettamente sovrapponibile al significato dell'espressione "diritti dell'uomo" nel senso della convenzione EDU o internazionale. Si cerca quindi spesso un bilanciamento ma ci sono state frizioni tra CGUE e Germania e Italia quando la CGUE affermava in una sentenza del 1974 che i diritti fondamentali comuni alle tradizioni giuridiche degli SM sono parte integrante dell'ordinamento europeo. In questo caso la Corte di Giustizia cercava di affermare il primato e l'efficacia diretta del diritto comunitario

Nella sentenza Kadi la Corte afferma il proprio potere di *judicial review* (controllo di costituzionalità) sugli atti e procedure giurisdizionali intentate dalle istituzioni Ue nei confronti dei singoli individui: in pratica la corte riserva a sé un potere di *justicial review* su tutti gli atti che hanno come effetto di limitare la libertà di movimento.

L'art. 36 TFUE afferma il principio di libertà di circolazione, ma contestualmente afferma anche il principio in base al quale le restrizioni alle libertà economiche fondamentali garantite dai trattati devono e possono essere giustificate da ragioni di moralità pubblica, ordine pubblico, sicurezza della vita di persone e animali. Emerge una possibilità di un giudizio di bilanciamento in tutti i casi in cui tra le libertà garantite dai trattati e i diritti fondamentali garantiti dalle costituzioni nazionali vi sia una qualche tensione.

L'art. 19 TUE dice che "la CGUE assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati". C'è il riconoscimento di un potere della CGUE di valutare certamente la corretta applicazione delle fonti dell'Ue e di quelle nazionali che le attuano, ma c'è anche l'attribuzione alla corte del potere di valutare la corretta applicazione dei principi generali, che poi non sono altro che quei principi che la stessa corte di giustizia elabora nel corso del tempo

Dalla lettura combinata degli artt. 51 e 52 della Carta dei diritti fondamentali si evince intanto una distinzione molto netta tra principi e diritti: rispettare i diritti e osservare i principi. Nel verbo osservare si può leggere una vincolatività dei principi soltanto nell'attività legislativa degli stati e delle istituzioni Ue.

Non è chiaro se una volta riconosciuto che si è all'interno di una competenza delegata all'Unione e quindi si applicano le disposizioni della Carta se per rendere operative queste disposizioni siano necessari atti secondari di attuazione o sia sufficiente l'affermazione di una sfera di competenza dell'unione. Ci sono poi limiti di carattere istituzionale, con particolare riferimento all'efficacia delle direttive. La Corte ha escluso che le direttive avessero un'efficacia orizzontale¹⁸; quindi, non è mai il testo della direttiva che viene direttamente applicato nei conflitti che vedono contrapposti soggetti

¹⁸ Sentenza della Corte del 26 febbraio 1986, inerente al caso Marshall.

privati ma sempre la norma interna di attuazione. Ciò pone un problema di asimmetria perché mentre le libertà fondamentali (libertà di circolazione di persone e capitali) hanno la loro fonte direttamente nei trattati, i diritti fondamentali (in particolare sociali: dei lavoratori e di sciopero) sono affermati all'interno di direttive. Quindi siamo di fronte a uno sbilanciamento tra la tutela delle libertà fondamentali che ha un'efficacia sempre diretta e la tutela dei diritti sociali che passa attraverso le norme nazionali attuative.

RISVOLTO APPLICATIVO DEL RAPPORTO NELL'AMBITO DEL CNR

Nell'ambito della Direttiva 93/13 il CNR, con particolare riferimento alle attività "conto terzi" svolte in qualità di "impresa organo", può essere inquadrato come contraente debole al pari di altre imprese operanti sul mercato che si trovano in una situazione di squilibrio contrattuale rispetto a società che sono in grado di imporre clausole standard mediante contratti di adesione con la formula "preindre ou laisser).

L'Ente, nel perseguimento dei suoi fini istituzionali e/o progettuali, deve acquisire servizi o forniture da operatori economici (spesso ExtraUe) specializzati in settori di nicchia che, per razionalizzare il proprio business, adottano e impongono al contraente debole dei "contratti standard" non favorevoli.

In queste situazioni il CNR pur trovandosi nella posizione di "contraente debole" deve cercare di negoziare faticosamente di negoziare degli emendamenti per evitare la determinazione di pregiudizi a carico dell'ente.

L'attività di negoziazione riguarda principalmente le richieste di emendamento di clausole di fatto "vessatorie" quali:

- 1) Clausole che prevedono la limitazione della responsabilità totale aggregata di ciascuna Parte nei confronti di tutte le altre Parti, collettivamente, in relazione a qualsiasi richiesta di risarcimento tra le Parti per perdite o danni causati da una Parte, dai suoi dipendenti, agenti e subappaltatori.

Non sarebbe opportuna la limitazione della responsabilità contrattuale mediante importi predefiniti perché l'ente pubblico non può disporre dei propri diritti patrimoniali futuri.

In primis, la determinazione del risarcimento del danno dovrà essere stabilita da un organo giurisdizionale *ad hoc* e, in secondo luogo, avvalendosi la pubblica amministrazione di fondi e capitale pubblico non può andare incontro a delle limitazioni così drastiche senza incorrere nel rischio di un danno erariale

In questi casi l'ente, se non riesce ad ottenere la cancellazione della clausola, deve chiedere che la responsabilità di una Parte non sia limitata nella misura in cui tale danno sia stato

causato da dolo o colpa grave o nella misura in cui tale limitazione non sia consentita dalla legge obbligatoria applicabile o dalla natura giuridica della Parte.

- 2) Clausole che prevedono il pagamento totale in anticipo rispetto all'erogazione del servizio o alla consegna della fornitura. Si tratta di una richiesta contraria alle norme di contabilità pubblica e alle previsioni dello stesso Codice degli Appalti vigente che prevede il superamento della "verifica di conformità" ai fini del pagamento.

Recentemente il Decreto Semplificazioni *bis* DL 77/2021 (convertito nella Legge 108/2021) ha innovato e consente agli operatori economici di richiedere un anticipo del 30% dietro presentazione di una specifica garanzia fideiussoria a copertura dell'importo richiesto.

Talvolta il problema del pagamento dell'importo totale dell'anticipo è superabile per la natura del servizio: alcuni tipi di servizi iniziano ad essere erogati da subito al momento della sottoscrizione o della connessione come nel caso dell'accesso a una piattaforma (come nel caso della Registrazione dei nomi a dominio).

- 3) Clausole che individuano il foro competente nel territorio favorevole al contraente forte. In questi casi occorre definire bene tutti gli aspetti del contratto e fare un'analisi approfondita della normativa del paese del contraente cui è collocato l'organo giurisdizionale.
- 4) Clausole relative alla proprietà intellettuale. In questo caso non è possibile sottoscrivere Accordi o contratti che non siano *compliant* con il regolamento CNR sull'IPR.
- 5) Clausole di fatto "oscuri", difficilmente comprensibili al momento della stipula e che durante l'esecuzione del contratto si traducono in incrementi unilaterali dei prezzi, per cui il fornitore non fornisce alcuna giustificazione e che, pertanto, non risultano nemmeno giustificabili alla luce delle nuove disposizioni sulle revisioni dei prezzi introdotte dalla norme post Covid finalizzate ad ammortizzare la crisi economica. In queste situazioni è alto il rischio di contenziosi ed il raggiungimento di accordi bonari.

Di fatto per un soggetto pubblico ci sono molteplici condizioni svantaggiose da scontare che lo pongono in una condizione tale per cui può essere considerato, alla stregua, di un consumatore debole. Consumatore debole sottoposto alla scelta netta ed obbligata di accettazione o di rifiuto di alcune previsioni che potrebbero essere per lui non favorevoli, pena la possibilità di non usufruire o di non avvalersi di un determinato bene o di un determinato servizio ritenuto essenziale ai fini del proseguimento della propria attività istituzionale di ricerca.

Bibliografia.

R. Bin e G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, G. Giappichelli ed., Torino, 2014.

A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, XVI ed., Giuffrè editore, 2015.

Della Negra, *Il Fairness test nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, 2013.

E. Navarretta, *Costituzione, Europa e Diritto Privato: Effettività e Drittwirkung, ripensando la complessità giuridica*, G. Giappichelli Editore, 2017.

U. Breccia, L. Bruscutta, F.D. Busnelli, F. Giardina, A. Giusti, E. Navarretta, M. Paladini, D. Poletti, M. Zana, *Diritto Privato – Tomo primo*, seconda edizione Utet Giuridica, 2011.

Sentenza della CGUE del 26 febbraio 1986, inerente al caso Marshall.

Caso Oceano Grupo, sentenza della CGUE 241/1998, in particolare punto 32.

Caso Mostanza Claro, sentenza della CGUE 168/2005 in particolare i punti 27 e 28.

Caso Asturcom, sentenza della CGUE 40/2008, in particolari i punti 53 e 55.

Caso Aziz, sentenza della CGUE 415/2011, in particolare il punto 47.