



CLAUSOLE ABUSIVE - BUONA FEDE- RAGIONEVOLEZZA

CORTE DI GIUSTIZIA, Sez. I, 14 marzo 2013, Pres. e Rel. A. Tizzano, Giudici A. Borg Barthet, M. Ilešič, J.-J. Kasel e M. Berger, Avvocato Generale J. Kokott

La direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, 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 risulti necessaria per garantire la piena efficacia della sua decisione finale.

L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «significativo squilibrio» a danno del consumatore deve essere valutata mediante un'analisi delle disposizioni nazionali applicabili in mancanza di un accordo tra le parti, onde appurare se, ed eventualmente in che misura, il contratto collochi il consumatore in una situazione giuridica meno favorevole rispetto a quella prevista dal vigente diritto nazionale. Inoltre, nella medesima prospettiva, a tale fine risulta pertinente procedere a vagliare la situazione giuridica in cui versa il citato consumatore alla luce dei mezzi che la disciplina nazionale mette a sua disposizione per far cessare il ricorso a clausole abusive.

Per accertare se lo squilibrio sia creato «malgrado il requisito della buona fede», occorre verificare se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse alla clausola in oggetto in seguito a negoziato individuale.

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GU L 95, pag. 29; in prosieguo: la «direttiva»).

2 Tale domanda è stata presentata nel contesto di una controversia che opponeva, da un lato, il sig. Aziz e, dall'altro, la Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), in merito alla validità di talune clausole di un contratto di mutuo con garanzia ipotecaria stipulato fra tali parti.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

3 Il sedicesimo considerando della direttiva recita quanto segue:

«considerando (...) 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».

4 L'articolo 3 della direttiva così dispone:



«1. Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto.

2. 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.

(...)

3. L'allegato contiene un elenco indicativo e non [esaustivo] di clausole che possono essere dichiarate abusive».

5 A norma dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva:

«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».

6 L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva è formulato nei seguenti termini:

«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».

7 L'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva stabilisce quanto segue:

«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».

8 L'allegato della direttiva, al suo punto 1, elenca le clausole a cui rinvia l'articolo 3, paragrafo 3, di quest'ultima. Esso contiene, tra l'altro, le seguenti clausole:

«1. Clausole che hanno per oggetto o per effetto di:

(...)

e) imporre al consumatore che non adempie ai propri obblighi un indennizzo per un importo sproporzionatamente elevato;

(...)

q) sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto».

Il diritto spagnolo

9 Nel diritto spagnolo la tutela dei consumatori contro le clausole abusive è stata garantita inizialmente dalla legge generale n. 26/1984, sulla tutela dei consumatori e degli utenti (Ley General 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) del 19 luglio 1984 (BOE n. 176, del 24 luglio 1984, pag. 21686).

10 La legge n. 26/1984 è stata in seguito modificata dalla legge n. 7/1998, relativa alle condizioni generali di contratto (Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación) del 13 aprile 1998 (BOE n. 89, del 14 aprile 1998, pag. 12304), che ha trasposto la direttiva nel diritto interno spagnolo.

11 Infine, con il regio decreto legislativo n. 1/2007, recante approvazione del testo consolidato della legge generale sulla tutela dei consumatori e degli utenti e delle altre leggi complementari (Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), del 16 novembre 2007 (BOE n. 287, del 30 novembre 2007, pag. 49181), è stato adottato il testo consolidato della legge n. 26/1984, così come modificata.

12 Ai sensi dell'articolo 82 del regio decreto legislativo n. 1/2007:

«1. Per clausole abusive si intendono tutte quelle clausole che non sono state oggetto di negoziato individuale e tutte quelle pratiche che non risultano da un accordo espresso e che, contro il requisito della buona fede,



determinano, a danno del consumatore e dell'utente, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto.

(...)

3. Il carattere abusivo di una clausola contrattuale è valutato tenendo conto della natura dei beni e dei servizi oggetto del contratto e facendo riferimento a tutte le circostanze che accompagnano la conclusione del contratto e a tutte le altre clausole del contratto o di un altro contratto da cui esso dipende.

4. Nonostante quanto precede, devono considerarsi in ogni caso abusive le clausole che, conformemente a quanto disposto agli articoli 85-90 inclusi, producono l'effetto di:

- a) vincolare il contratto alla volontà del professionista;
- b) limitare i diritti del consumatore e dell'utente;
- c) determinare l'assenza di reciprocità nel contratto;
- d) imporre al consumatore o all'utente garanzie sproporzionate o porre indebitamente a suo carico l'onere della prova;
- e) risultare sproporzionate in relazione al perfezionamento ed all'esecuzione del contratto, o
- f) essere in contrasto con le regole di competenza e di diritto applicabili.

13 Per quanto riguarda il procedimento d'ingiunzione di pagamento, il codice di procedura civile (Ley de Enjuiciamiento Civil), nella sua versione vigente alla data d'instaurazione del procedimento principale, disciplina, al Capo V del Titolo IV, Libro III, rubricato «Specificità quanto all'esecuzione dei beni ipotecati o pignorati», in particolare agli articoli 681-698, la procedura di esecuzione ipotecaria che si trova al centro della controversia nel procedimento principale.

14 L'articolo 695 del Codice di procedura civile così recita:

«1. Nei procedimenti di cui al presente capo il debitore esecutato può presentare opposizione solo per i seguenti motivi:

- (1) estinzione della garanzia o dell'obbligazione garantita, a condizione che si produca una certificazione del registro da cui risulti la cancellazione dell'ipoteca o eventualmente del diritto di pegno senza spossessamento, ovvero un atto notarile relativo al ricevimento del pagamento o alla cancellazione della garanzia;
- (2) errore nella determinazione dell'importo esigibile, quando il credito assistito da garanzia è il saldo alla chiusura di un conto fra creditore dell'esecuzione e debitore esecutato. Il debitore esecutato è tenuto a presentare il suo esemplare dell'estratto conto, e l'opposizione è ammissibile solo se il saldo ivi riportato differisce da quello che risulta dall'estratto conto presentato dal creditore dell'esecuzione.

(...)

(3) (...) l'esistenza di un'altra garanzia o ipoteca (...) iscritta anteriormente al gravame su cui si fonda il procedimento, con la corrispondente certificazione di registro.

2. In caso di opposizione ai sensi del paragrafo 1, il cancelliere sospende l'esecuzione e cita le parti ad un'udienza dinanzi al tribunale che ha emesso l'ordine di esecuzione: fra la citazione e la detta udienza devono trascorrere almeno quattro giorni. Alla suddetta udienza il giudice sente le parti, ammette gli atti che sono adottati ed emette entro due giorni la decisione da esso ritenuta opportuna sotto forma di ordinanza (...).

15 L'articolo 698 del Codice di procedura civile così dispone:

«1. Sull'opposizione del debitore, del terzo possessore o di altri soggetti interessati, non rientrante nei precedenti articoli, compresi i motivi di opposizione che riguardano la nullità del titolo nonché la scadenza, la certezza, l'estinzione o l'entità del credito, si decide nel relativo procedimento, senza che ciò comporti la sospensione o il blocco del procedimento previsto nel presente capo.

(...)

2. Contestualmente alla proposizione dell'opposizione di cui al paragrafo precedente o nel corso del procedimento ad esso successivo si può chiedere che l'efficacia della sentenza pronunciata nel suddetto procedimento sia garantita dal sequestro di tutto l'importo, o di una parte di esso, che deve essere corrisposto al creditore mediante il procedimento disciplinato al presente capo.

Il giudice dispone il suddetto sequestro, sulla base dei documenti presentati, qualora ritenga sufficienti i motivi fatti valere. Qualora l'istante non sia palesemente solvibile in modo adeguato, il giudice è tenuto a richiedere



previamente allo stesso una garanzia sufficiente per gli interessi di mora e il risarcimento di eventuali danni di altro tipo che il creditore potrebbe subire.

3. Qualora il creditore presti una garanzia ritenuta sufficiente dal giudice per l'importo il cui sequestro è stato disposto a seguito del procedimento di cui al paragrafo 1, il sequestro viene revocato».

16 L'articolo 131 della legge sull'ipoteca vigente all'epoca dei fatti del procedimento principale (Ley Hipotecaria), il cui testo consolidato è stato approvato con decreto dell'8 febbraio 1946 (BOE n. 58, del 27 febbraio 1946, pag. 1518), stabilisce quanto segue:

«Le annotazioni preventive di domanda di nullità dell'ipoteca o le altre annotazioni non fondate su uno dei casi che possono determinare la sospensione dell'esecuzione sono cancellate in forza dell'ordine di cancellazione di cui all'articolo 133, purché siano successive all'annotazione in margine di rilascio del rapporto informativo immobiliare. L'atto recante la dichiarazione di ricevuto pagamento dell'ipoteca non potrà essere iscritto se non è stata previamente cancellata la suddetta annotazione in margine, su disposizione del giudice a tal fine».

17 Ai sensi dell'articolo 153 bis della legge sull'ipoteca:

«(...) le parti possono convenire che, in caso di esecuzione, l'importo esigibile sia quello risultante dalla liquidazione effettuata dall'istituto finanziario creditore nella forma convenuta dalle parti nell'atto.

Alla scadenza convenuta dai contraenti, o alla scadenza di una delle relative proroghe, l'azione ipotecaria può essere esercitata in conformità a quanto previsto agli articoli 129 e 153 della presente legge e alle disposizioni analoghe del codice di procedura civile».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

18 Il 19 luglio 2007 il sig. Aziz, cittadino marocchino che lavora in Spagna dal dicembre 1993, sottoscriveva, mediante atto notarile, un contratto di mutuo assistito da garanzia ipotecaria con la Catalunyacaixa. Il bene immobiliare oggetto di detta garanzia era l'abitazione familiare del sig. Aziz, di cui egli era proprietario dal 2003.

19 Il capitale prestato dalla Catalunyacaixa ammontava a EUR 138 000. Tale mutuo doveva essere rimborsato in 33 anni, con 396 rate mensili, a partire dal 1° agosto 2007.

20 Come emerge dal fascicolo sottoposto alla Corte, tale contratto di mutuo sottoscritto con la Catalunyacaixa prevedeva, alla dausola 6, interessi di mora annuali del 18,75%, applicabili automaticamente agli importi non versati alla scadenza, senza che fosse necessario alcun sollecito.

21 Inoltre, la dausola 6 bis di tale contratto conferiva alla Catalunyacaixa la facoltà di dichiarare esigibile l'intero prestito se uno dei termini prestabiliti dalle parti era scaduto e il debitore non aveva adempiuto il proprio obbligo al pagamento di una parte del capitale o degli interessi del prestito.

22 Infine, la dausola 15 del medesimo contratto, che disciplina l'accordo sulla liquidazione, prevedeva a favore della Catalunyacaixa la possibilità non solo di avvalersi del procedimento di esecuzione ipotecaria per recuperare un eventuale debito, bensì anche di presentare direttamente, a tal fine, la liquidazione, mediante un adeguato certificato recante l'importo richiesto.

23 Il sig. Aziz versava regolarmente le rate mensili dal mese di luglio 2007 fino al mese di maggio 2008. Tuttavia, a partire dal mese di giugno 2008, cessava di provvedere al versamento. Di conseguenza, il 28 ottobre 2008 la Catalunyacaixa si rivolgeva ad un notaio, onde ottenere un atto di accertamento del debito residuo. Il notaio certificava che dai documenti prodotti e dal contenuto del contratto di mutuo si evinceva che la liquidazione del debito ammontava a EUR 139 764,76, pari alle rate mensili non saldate maggiorate degli interessi ordinari e di mora.

24 Dopo aver intimato invano al sig. Aziz di provvedere ai versamenti, l'11 marzo 2009 la Catalunyacaixa adiva il Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Martorell avviando un procedimento esecutivo nei confronti dell'interessato mediante il quale gli redamava le somme di EUR 139 674,02 in via principale, di EUR 90,74 a titolo di interessi maturati e di EUR 41 902,21 a titolo di interessi e spese.

25 Poiché il sig. Aziz non compariva, tale giudice, in data 15 dicembre 2009, disponeva l'esecuzione. Pertanto al sig. Aziz veniva rivolta un'ingiunzione di pagamento, alla quale quest'ultimo non ottemperava né si opponeva.



26 In tale contesto, il 20 luglio 2010 si svolgeva l'asta giudiziaria del bene immobile, cui non si presentavano offerenti. Pertanto, conformemente alle disposizioni del Codice di procedura civile, il Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Martorell ammetteva che tale bene fosse aggiudicato al 50% del suo valore. Detto giudice fissava inoltre al 20 gennaio 2011 la data in cui doveva avvenire il trasferimento del possesso dell'immobile all'aggiudicatario. Il sig. Aziz veniva pertanto sfrattato dalla sua abitazione.

27 Poco prima di tale avvenimento, l'11 gennaio 2011, il sig. Aziz aveva tuttavia presentato dinanzi al Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona una domanda di sentenza dichiarativa per far dichiarare nulla la clausola 15 del contratto di mutuo con garanzia ipotecaria – ritenendo che tale clausola presentasse carattere abusivo – e, di conseguenza, far annullare il procedimento esecutivo.

28 In questo ambito, il Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona ha espresso dubbi in merito alla conformità del diritto spagnolo al contesto normativo definito dalla direttiva.

29 Esso ha sottolineato in particolare che, se il creditore, ai fini dell'esecuzione forzata, sceglie il procedimento di esecuzione ipotecaria, le possibilità di opporre il carattere abusivo di una delle clausole di un contratto di mutuo risultano alquanto limitate, poiché sono rinviate ad un successivo procedimento di merito, che non produce effetto sospensivo. Il giudice del rinvio ha ritenuto che, nelle suddette condizioni, per un giudice spagnolo sia estremamente difficile garantire un'efficace tutela al consumatore nel contesto di tale procedimento di esecuzione ipotecaria, così come nel corrispondente procedimento di merito.

30 Inoltre il Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona ha ritenuto che la soluzione della controversia nel procedimento principale ponesse altre questioni, vertenti, in particolare, sulla nozione di «[c]lausole che hanno per oggetto o per effetto di (...) imporre al consumatore che non adempie ai propri obblighi un indennizzo per un importo sproporzionatamente elevato», di cui al punto 1, lettera e), dell'allegato della direttiva, nonché di «[c]lausole che hanno per oggetto o per effetto di (...) sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore», stabilita al punto 1, lettera q), di detto allegato. A suo avviso, non risulta evidente che siano compatibili con le suddette disposizioni dell'allegato della direttiva le clausole relative all'esigibilità anticipata contenute nei contratti a lungo termine, alla fissazione di interessi di mora nonché alla fissazione unilaterale da parte del creditore di meccanismi di liquidazione dell'intero debito.

31 Alla luce di tali considerazioni, il Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona, nutrendo dubbi sulla corretta interpretazione del diritto dell'Unione, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il sistema di esecuzione dei titoli giudiziari su beni ipotecati o pignorati stabilito dagli articoli 695 e segg. del Codice di procedura civile spagnolo, che pone limiti ai motivi di opposizione previsti dall'ordinamento processuale spagnolo, costituisca una palese limitazione della tutela del consumatore, in quanto pone evidenti ostacoli di carattere formale e sostanziale all'esercizio, da parte di quest'ultimo, delle azioni legali o dei mezzi di ricorso giurisdizionali che garantiscono una tutela effettiva dei suoi diritti.

2) Si chiede [...] di dare un contenuto alla nozione di sproporzione per quanto riguarda:

a) la possibilità di esigibilità anticipata di contratti a lungo termine – nel caso di specie, 33 anni – per inadempimenti relativi ad un periodo assai limitato e preciso;

b) la fissazione di interessi moratori – nel caso di specie, superiori al 18% – che non rispondono ai criteri di determinazione degli interessi di mora inseriti in altri contratti riguardanti i consumatori (credito al consumo) e che in altri ambiti della contrattazione relativa ai consumatori potrebbero essere considerati abusivi ma per i quali, tuttavia, nei contratti di mutuo per l'acquisto di immobili, non sono previsti limiti di legge chiari, nemmeno nei casi in cui i detti interessi debbano essere applicati non soltanto alle rate scadute, bensì a tutte le rate dovute in virtù dell'esigibilità anticipata del contratto;

c) la previsione di meccanismi di liquidazione e di fissazione degli interessi – sia ordinari che moratori – a tasso variabile, messi in atto unilateralmente dal mutuante e vincolati alla possibilità di esecuzione forzata, che non permettono al debitore esecutato di opporsi alla quantificazione del debito nell'ambito dello stesso procedimento esecutivo, ma rinviano ad un procedimento di cognizione in cui, quando verrà ottenuta una pronuncia definitiva, l'esecuzione si sarà conclusa o, quanto meno, il debitore avrà perduto il bene ipotecato o



dato in garanzia, una questione, questa, che assume speciale rilevanza qualora il mutuo sia stato richiesto per l'acquisto di una casa e l'esecuzione comporti lo sgombero dell'immobile».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità

32 La Catalunyaaixa e il Regno di Spagna nutrono dubbi in merito alla ricevibilità della prima questione, in quanto ritengono che non sarebbe utile al giudice del rinvio per dirimere la controversia sottopostagli. In proposito, affermano che questa controversia si svolge nel contesto di un procedimento di merito autonomo e distinto rispetto a quello di esecuzione ipotecaria, e concerne unicamente la nullità, alla luce della normativa sulla tutela dei consumatori, della clausola 15 del contratto di mutuo in oggetto nel procedimento principale. Di conseguenza, a loro avviso, una risposta sulla compatibilità del procedimento di esecuzione ipotecaria con la direttiva non è necessaria né rilevante per dirimere detta controversia.

33 Nella medesima ottica, il Regno di Spagna e la Catalunyaaixa contestano altresì la ricevibilità della seconda questione, nei limiti in cui quest'ultima mira ad ottenere l'interpretazione della nozione di sproporzione, ai sensi delle pertinenti disposizioni della direttiva, quanto alle clausole concernenti l'esigibilità anticipata nei contratti a lungo termine e la fissazione degli interessi di mora. Essi sostengono infatti che tali clausole non presentano alcuna relazione con l'oggetto della controversia alla base del procedimento principale e non possono neppure risultare utili per valutare il carattere abusivo della clausola 15 del contratto di mutuo controverso.

34 A tale riguardo occorre ricordare anzitutto che, in forza di una costante giurisprudenza, nell'ambito del procedimento di cui all'articolo 267 TFUE, basato sulla netta separazione delle funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, il giudice nazionale è l'unico competente ad esaminare e valutare i fatti del procedimento principale nonché ad interpretare ed a applicare il diritto nazionale. Parimenti spetta esclusivamente al giudice nazionale, investito della controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della controversia, sia la necessità sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a pronunciarsi (sentenza del 14 giugno 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 76 e giurisprudenza citata).

35 Il rigetto, da parte della Corte, di una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da un giudice nazionale è quindi possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o l'oggetto del procedimento principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi in fatto e in diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte (sentenza Banco Español de Crédito, cit., punto 77 e giurisprudenza citata).

36 Orbene, tale situazione non si produce nel caso di specie.

37 Occorre in effetti rilevare che in base al sistema processuale spagnolo, nel contesto del procedimento di esecuzione ipotecaria promosso dalla Catalunyaaixa nei confronti del sig. Aziz, quest'ultimo ha potuto contestare il carattere abusivo di una clausola del contratto che lo vincola a questo istituto di credito, che è all'origine dell'apertura del procedimento esecutivo, non già dinanzi al Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Martorell, giudice dell'esecuzione, bensì presso il Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona, giudice di merito.

38 In questo contesto, come osserva giustamente la Commissione europea, la prima questione sollevata dal Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona deve essere intesa in senso lato, ossia come sostanzialmente diretta a vagliare, alla luce della limitazione dei motivi di opposizione ammessi nell'ambito del procedimento di esecuzione ipotecaria, la compatibilità con la direttiva dei poteri riconosciuti al giudice del merito, competente a valutare il carattere abusivo delle clausole figuranti nel contratto oggetto del procedimento principale, da cui deriva il debito redamato in forza del citato procedimento esecutivo.

39 Ciò premesso, e tenuto conto della circostanza che è compito della Corte fornire una soluzione utile al giudice del rinvio, che gli consenta di risolvere la controversia di cui è investito (v. sentenze del 28 novembre 2000, Roquette Frères, C-88/99, Racc. pag. I-10465, punto 18, e dell'11 marzo 2010, Attanasio Group, C-384/08, Racc. pag. I-2055, punto 19), occorre dichiarare che non appare in modo manifesto che



L'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta nella prima questione non presenti alcun rapporto con la realtà effettiva o l'oggetto del procedimento principale.

40 Parimenti, non si può escludere che l'interpretazione della nozione di sproporzione, ai sensi delle pertinenti disposizioni della direttiva, cui mira la seconda questione, possa rivelarsi utile per dirimere la controversia di cui è investito il Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona.

41 Come evidenzia l'avvocato generale ai paragrafi 62 e 63 delle conclusioni, infatti, sebbene la domanda di annullamento promossa dal sig. Aziz nel procedimento principale verta unicamente sulla validità della clausola 15 del contratto di mutuo, è sufficiente dichiarare che, da un lato, a norma dell'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva, un esame complessivo delle altre clausole contrattuali oggetto della citata questione è idoneo ad incidere sull'esame di quella contestata nel procedimento principale e, dall'altro, che in forza della giurisprudenza della Corte il giudice nazionale è tenuto ad esaminare d'ufficio il carattere abusivo di tutte le clausole del contratto rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva, anche qualora mandi un'espressa domanda in questo senso, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine (v., in questo senso, sentenze del 4 giugno 2009, Pannon GSM, C-243/08, Racc. pag. I-4713, punti 31 e 32, nonché Banco Español de Crédito, cit., punto 43).

42 Pertanto, tutte le questioni pregiudiziali sono ricevibili.

Nel merito

Sulla prima questione

43 Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva debba essere interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, pur non prevedendo nel contesto di un procedimento di esecuzione ipotecaria motivi di opposizione tratti dal carattere abusivo di una clausola contenuta in un contratto stipulato tra un consumatore ed un professionista, non consente al giudice investito del procedimento di merito, competente per l'esame del carattere abusivo di una siffatta clausola, di adottare provvedimenti provvisori che garantiscano la piena efficacia della sua decisione finale.

44 Per rispondere a tale questione, va ricordato innanzitutto che il sistema di tutela istituito dalla direttiva è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione (sentenza Banco Español de Crédito, cit., punto 39).

45 Alla luce di una siffatta situazione di inferiorità, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva prevede che le clausole abusive non vincolino i consumatori. Come emerge dalla giurisprudenza, si tratta di una disposizione imperativa tesa a sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime (sentenza Banco Español de Crédito, cit., punto 40 e giurisprudenza citata).

46 In questo contesto, la Corte ha già reiteratamente osservato che il giudice nazionale è tenuto ad esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale che ricade nell'ambito di applicazione della direttiva e, in tal modo, ad ovviare allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari (citare sentenze Pannon GSM, punti 31 e 32, nonché Banco Español de Crédito, punti 42 e 43).

47 Statuendo su una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale adito nell'ambito di un procedimento in contraddittorio instauratosi a seguito dell'opposizione proposta da un consumatore avverso un'ingiunzione di pagamento, la Corte ha dichiarato che detto giudice deve adottare d'ufficio misure istruttorie al fine di accertare se una clausola attributiva di competenza giurisdizionale territoriale esclusiva inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore rientri nell'ambito di applicazione della direttiva e, in caso affermativo, valutare d'ufficio la natura eventualmente abusiva di una clausola siffatta (sentenza del 9 novembre 2010, VB Pénczyi Lízing, C-137/08, Racc. pag. I-10847, punto 56).

48 Parimenti, la Corte ha precisato che la direttiva osta ad una normativa di uno Stato membro che non consenta al giudice investito di una domanda d'ingiunzione di pagamento di esaminare d'ufficio, in limine litis né in qualsiasi altra fase del procedimento, anche qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari



a tal fine, la natura abusiva di una clausola sugli interessi moratori inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, in assenza di opposizione proposta da quest'ultimo (sentenza Banco Español de Crédito, cit., punto 57).

49 Tuttavia, la causa oggetto del procedimento principale si distingue da quelle da cui sono scaturite le citate sentenze VB Pénzügyi Lízing e Banco Español de Crédito per la circostanza che riguarda la definizione delle responsabilità che gravano sull'organo giurisdizionale investito di un procedimento di merito collegato al procedimento di esecuzione ipotecaria, affinché sia garantito, se necessario, l'effetto utile della decisione nel merito che dichiara abusivi la clausola contrattuale a fondamento del titolo esecutivo e, di conseguenza, l'avvio di detto procedimento esecutivo.

50 Al riguardo si deve constatare che, in mancanza di armonizzazione dei meccanismi nazionali di esecuzione forzata, le modalità di attuazione dei motivi di opposizione ammessi nel contesto di un procedimento di esecuzione ipotecaria e dei poteri conferiti al giudice del merito, competente a vagliare la legittimità delle clausole contrattuali in forza delle quali è stato rilasciato il titolo esecutivo, rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio di autonomia processuale di questi ultimi, a condizione, tuttavia, che tali modalità non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai consumatori dal diritto dell'Unione (principio di effettività) (v., in tal senso, sentenze del 26 ottobre 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Racc. pag. I-10421, punto 24, e del 6 ottobre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Racc. pag. I-9579, punto 38).

51 Per quanto riguarda il principio di equivalenza, si deve rilevare che la Corte non dispone di alcun elemento tale da suscitare un dubbio quanto alla conformità a quest'ultimo della normativa di cui trattasi nel procedimento principale.

52 Infatti, risulta dal fascicolo che il sistema processuale spagnolo vieta al giudice nazionale investito di un procedimento di merito connesso a quello ipotecario di emanare provvedimenti provvisori che assicurino la piena efficacia della sua decisione finale, non soltanto quando valuta la natura abusiva, alla luce dell'articolo 6 della direttiva, di una clausola inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, ma altresì quando verifica la contrarietà di una clausola siffatta alle norme nazionali di ordine pubblico, il che, tuttavia, dovrà essere accertato da esso stesso (v., in questo senso, sentenza Banco Español de Crédito, cit., punto 48).

53 Per quanto riguarda il principio di effettività, si deve rammentare che, per giurisprudenza costante della Corte, ciascun caso in cui si pone la questione se una disposizione processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto dell'Unione dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta disposizione nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali (v. sentenza Banco Español de Crédito, cit., punto 49).

54 Nel caso di specie, dal fascicolo sottoposto alla Corte si evince che, ai sensi dell'articolo 695 del Codice di procedura civile, nei procedimenti di esecuzione ipotecaria l'opposizione del debitore esecutato può essere accolta unicamente quando si fonda sull'estinzione della garanzia o dell'obbligazione garantita, oppure su un errore nella determinazione dell'importo esigibile, quando il credito assistito da garanzia è il saldo alla chiusura di un conto fra creditore che chiede l'esecuzione e debitore esecutato, o ancora sull'esistenza di un'altra ipoteca o garanzia iscritta anteriormente al gravame su cui si fonda il procedimento.

55 A norma dell'articolo 698 del Codice di procedura civile, su qualsiasi opposizione del debitore, compresi i motivi di opposizione che riguardano la nullità del titolo nonché l'esigibilità, la certezza, l'estinzione o l'entità del credito, si decide nel relativo procedimento, senza che ciò comporti la sospensione o un blocco del procedimento giudiziario di esecuzione previsto nel capo in questione.

56 Inoltre, in forza dell'articolo 131 della legge sull'ipoteca, le annotazioni preventive di domanda di nullità dell'ipoteca o le altre annotazioni non fondate su uno dei casi che possono determinare la sospensione dell'esecuzione saranno cancellate in forza dell'ordine di cancellazione di cui all'articolo 133 di tale legge, purché siano successive all'annotazione in margine di rilascio del rapporto informativo immobiliare.



57 Orbene, da tali indicazioni risulta che nel sistema processuale spagnolo l'aggiudicazione definitiva di un bene ipotecato ad un terzo acquisisce sempre carattere irreversibile, anche qualora la natura abusiva della clausola impugnata dal consumatore dinanzi al giudice del merito comporti la nullità del procedimento di esecuzione ipotecaria, salvo l'ipotesi in cui detto consumatore abbia proceduto ad un'annotazione preventiva della domanda di nullità dell'ipoteca prima di detta annotazione in margine.

58 A tale riguardo, occorre nondimeno constatare che, tenuto conto dello svolgimento e delle peculiarità del procedimento di esecuzione ipotecaria oggetto del procedimento principale, siffatta ipotesi deve essere considerata residuale, in quanto 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 (v., in questo senso, sentenza Banco Español de Crédito, cit., punto 54).

59 Si deve constatare che un regime processuale di questo tipo, prevedendo l'impossibilità per il giudice del merito, dinanzi al quale il consumatore ha presentato una domanda volta ad eccepire il carattere abusivo di una clausola contrattuale che funge da fondamento del titolo esecutivo, di emanare provvedimenti provvisori atti a sospendere il procedimento di esecuzione ipotecaria o a bloccarlo, allorché la concessione di tali provvedimenti risulta necessaria per garantire la piena efficacia della sua decisione finale, è idonea a compromettere l'effettività della tutela voluta dalla direttiva (v., in questo senso, sentenza del 13 marzo 2007, Unibet, C-432/05, Racc. pag. I-2271, punto 77).

60 In effetti, come ha altresì fatto notare l'avvocato generale al paragrafo 50 delle conclusioni, in mancanza di tale possibilità, in tutte le ipotesi in cui, come accade nel procedimento principale, l'esecuzione immobiliare sul bene ipotecato abbia avuto luogo prima che il giudice del merito pronunciassi la decisione con cui dichiara abusiva la clausola contrattuale che si trova all'origine dell'ipoteca e, di conseguenza, nullo il procedimento esecutivo, una siffatta decisione consentirebbe di garantire a detto consumatore soltanto una tutela a posteriori meramente risarcitoria, la quale si rivelerebbe incompleta ed insufficiente e costituirebbe un mezzo inadeguato ed inefficace per far cessare il ricorso a suddetta clausola, in contrasto con quanto disposto all'articolo 7, paragrafo, 1, della direttiva 93/13.

61 Ciò 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.

62 Come ha rilevato anche il giudice del rinvio, sarebbe pertanto sufficiente che i professionisti avviassero, in presenza delle condizioni richieste, un tale procedimento di esecuzione ipotecaria, per privare in sostanza i consumatori del beneficio della tutela perseguita dalla direttiva, il che risulta del pari contrario alla giurisprudenza della Corte, secondo la quale le caratteristiche specifiche dei procedimenti giurisdizionali che si svolgono nel contesto del diritto nazionale tra i professionisti ed i consumatori non possono costituire un elemento atto a pregiudicare la tutela giuridica di cui devono godere questi ultimi in forza delle disposizioni di tale direttiva (v., in questo senso, sentenza Banco Español de Crédito, cit., punto 55).

63 In tali condizioni, si deve constatare che la normativa spagnola di cui trattasi nel procedimento principale non appare conforme al principio di effettività, in quanto rende impossibile o eccessivamente difficile, nei procedimenti di esecuzione ipotecaria instaurati dai professionisti e nei quali i consumatori sono parti convenute, l'applicazione della tutela che la direttiva intende conferire a queste ultime.

64 Alla luce di tali considerazioni, occorre rispondere alla prima questione 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.



Sulla seconda questione

65 Con la seconda questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza precisazioni in merito agli elementi costitutivi della nozione di «clausola abusiva», alla luce dell'articolo 3, paragrafi 1 e 3, della direttiva e del suo allegato, onde valutare il carattere abusivo o meno delle clausole oggetto del procedimento principale vertenti sull'esigibilità anticipata nei contratti a lungo termine, sulla fissazione degli interessi di mora, nonché sull'accordo di liquidazione.

66 Al riguardo occorre precisare che, secondo una giurisprudenza consolidata, la competenza della Corte in materia verte sull'interpretazione della nozione di «clausola abusiva», di cui all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva e all'allegato della medesima, nonché sui criteri che il giudice nazionale può o deve applicare in sede di esame di una clausola contrattuale con riguardo alle disposizioni della direttiva, fermo restando che spetta al suddetto giudice pronunciarsi, in base ai criteri sopra citati, sulla qualificazione concreta di una specifica clausola contrattuale in funzione delle circostanze proprie del caso di specie. Ne risulta che la Corte deve limitarsi a fornire al giudice del rinvio indicazioni che quest'ultimo dovrà prendere in considerazione al fine di valutare il carattere abusivo della clausola di cui trattasi (v. sentenza del 26 aprile 2012, Invitel, C-472/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 22 e giurisprudenza citata).

67 Ciò premesso, occorre osservare che, riferendosi alle nozioni di buona fede e di significativo squilibrio a danno del consumatore tra i diritti e gli obblighi delle parti derivanti dal contratto, l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva definisce solo in modo astratto gli elementi che conferiscono carattere abusivo ad una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale (v. sentenze del 1° aprile 2004, Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, Racc. pag. I-3403, punto 19, e Pannon GSM, cit., punto 37).

68 Orbene, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 71 delle conclusioni, per appurare se una clausola determini un «significativo squilibrio» dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto, occorre tener conto, in particolare, delle disposizioni applicabili nel diritto nazionale in mancanza di un accordo tra le parti in tal senso. Sarà proprio una siffatta analisi comparatistica a consentire al giudice nazionale di valutare se, ed eventualmente in che misura, il contratto collochi il consumatore in una situazione giuridica meno favorevole rispetto a quella prevista dal vigente diritto nazionale. Inoltre, nella medesima ottica, risulta opportuno procedere a vagliare la situazione giuridica in cui versa il citato consumatore alla luce dei mezzi che la disciplina nazionale mette a sua disposizione per far cessare il ricorso a clausole abusive.

69 Per chiarire quali siano le circostanze in cui un tale squilibrio sia creato «malgrado il requisito della buona fede», occorre constatare che, alla luce del sedicesimo considerando della direttiva e come ha osservato in sostanza l'avvocato generale al paragrafo 74 delle conclusioni, a tale fine il giudice nazionale deve verificare se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse ad una siffatta clausola nell'ambito di un negoziato individuale.

70 In tale contesto, si deve rammentare che l'allegato, cui rinvia l'articolo 3, paragrafo 3, della direttiva, contiene solo un elenco indicativo e non esaustivo di clausole che possono essere dichiarate abusive (v. sentenza Invitel, cit., punto 25 e giurisprudenza citata).

71 Inoltre, conformemente all'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva, il carattere abusivo di una clausola contrattuale dev'essere 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 (citare sentenze Pannon GSM, punto 39, e VB Pénzügyi Lízing, punto 42). Ne discende che, in questo contesto, devono altresì essere valutate le conseguenze che la detta clausola può avere nell'ambito del diritto applicabile al contratto, il che implica un esame del sistema giuridico nazionale (v. sentenza Freiburger Kommunalbauten, cit., punto 21, e ordinanza del 16 novembre 2010, Pohotovost', C-76/10, Racc. pag. I-11557, punto 59).

72 È alla luce di tali criteri che il Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona deve valutare la natura abusiva delle clausole cui si riferisce la seconda questione sottoposta.

73 In particolare, per quanto anzitutto attiene alla clausola relativa all'esigibilità anticipata, nei contratti a lungo termine, a causa di inadempimenti del debitore per un periodo limitato, il giudice del rinvio deve segnatamente



verificare, come rileva l'avvocato generale ai paragrafi 77 e 78 delle conclusioni, se la facoltà riconosciuta al professionista di dichiarare esigibile il prestito nella sua interezza dipenda dal mancato adempimento da parte del consumatore di un obbligo che presenta un carattere essenziale nel contesto del rapporto contrattuale in oggetto, se tale facoltà sia prevista per le ipotesi in cui siffatto inadempimento riveste un carattere sufficientemente grave rispetto alla durata e all'importo del prestito, se detta facoltà deroghi alle norme applicabili in materia e se il diritto nazionale preveda mezzi adeguati ed efficaci che consentano al consumatore che subisce l'applicazione di tale clausola di ovviare agli effetti di tale esigibilità del prestito.

74 Poi, per quanto riguarda la clausola relativa alla fissazione degli interessi di mora, occorre ricordare che, alla luce del punto 1, lettera e), dell'allegato della direttiva, letto in combinato disposto con le disposizioni degli articoli 3, paragrafo 1, e 4, paragrafo 1, della direttiva, il giudice del rinvio dovrà verificare in particolare, come ha sottolineato l'avvocato generale ai paragrafi 85-87 delle conclusioni, da un lato, le norme nazionali applicabili tra le parti, nelle ipotesi in cui non sia stato concluso alcun accordo nel contratto in oggetto o nei vari contratti di questo tipo stipulati con i consumatori 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.

75 Infine, quanto alla clausola relativa alla liquidazione unilaterale, da parte del mutuante, del debito non assolto, legata alla possibilità di promuovere il procedimento di esecuzione ipotecaria, occorre dichiarare che, tenuto conto del punto 1, lettera q), dell'allegato della direttiva, nonché dei criteri figuranti agli articoli 3, paragrafo 1, e 4, paragrafo 1, di essa, il giudice del rinvio dovrà valutare se, ed eventualmente in che misura, la clausola in oggetto deroghi alle norme applicabili in assenza di accordo tra le parti, rendendo più arduo per il consumatore, visti gli strumenti processuali di cui dispone, l'accesso alla giustizia e l'esercizio dei diritti della difesa.

76 Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla seconda questione che:

- l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva deve essere interpretato nel senso che
- la nozione di «significativo squilibrio» a danno del consumatore deve essere valutata mediante un'analisi delle disposizioni nazionali applicabili in mancanza di un accordo tra le parti, onde appurare se, ed eventualmente in che misura, il contratto collochi il consumatore in una situazione giuridica meno favorevole rispetto a quella prevista dal vigente diritto nazionale. Inoltre, nella medesima prospettiva, a tale fine risulta pertinente procedere a vagliare la situazione giuridica in cui versa il citato consumatore alla luce dei mezzi che la disciplina nazionale mette a sua disposizione per far cessare il ricorso a clausole abusive;
- per accertare se lo squilibrio sia creato «malgrado il requisito della buona fede», occorre verificare se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse alla clausola in oggetto in seguito a negoziato individuale.
- L'articolo 3, paragrafo 3, della direttiva deve essere interpretato nel senso che l'allegato cui tale disposizione



IL GIUDIZIO DI ABUSIVITÀ TRA BUONA FEDE E RAGIONEVOLEZZA

Antonio Musio

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La soluzione della Corte di Giustizia. – 3. La buona fede nei contratti dei consumatori in Italia e negli altri ordinamenti europei. – 4. Il criterio di ragionevolezza nel sistema giuridico italiano. – 5. Il ricorso alla ragionevolezza quale criterio di specificazione del requisito della buona fede del professionista.

1. La fattispecie all'esame della Corte di Giustizia attiene alla vicenda di un cittadino marocchino il quale, con atto notarile, sottoscriveva un contratto di mutuo, assistito da garanzia ipotecaria, con una banca spagnola. Il contratto contemplava la facoltà per quest'ultima di dichiarare esigibile l'intero prestito se uno dei termini prestabiliti dalle parti fosse scaduto e il debitore non avesse adempiuto il proprio obbligo di pagare una parte del capitale o degli interessi. All'istituto di credito era, inoltre, consentito, non solo di avvalersi del procedimento di esecuzione ipotecaria per il recupero del credito, ma anche determinare l'importo esigibile sulla base di una liquidazione fatta sulla scorta di un adeguato certificato notarile recante l'importo richiesto.

Nel caso *de quo*, a fronte dell'inadempimento del consumatore di alcune rate del mutuo, il mutuante si era rivolto ad un notaio, onde ottenere un atto di accertamento del debito residuo. La banca, una volta acclarata l'esistenza del debito, intimava al mutuatario di provvedere ai versamenti ed, essendo rimasta inevasa tale richiesta, decideva di adire il Juzgado de Primera Instancia de Martorell. Veniva, così, avviato un procedimento esecutivo che si concludeva con un'asta giudiziaria all'esito della quale il bene immobile ipotecato veniva aggiudicato al 50% del suo valore.

In precedenza, tuttavia, l'esecutato, nell'auspicio di paralizzare il procedimento esecutivo, aveva presentato dinanzi al Juzgado de lo Mercantil de Barcelona una domanda per far dichiarare nulla, in quanto abusiva, la clausola del contratto di mutuo che prevedeva la garanzia ipotecaria. Quest'ultimo organo giudicante esprimeva dubbi in merito alla conformità del diritto spagnolo rispetto al contesto normativo definito dalla direttiva 93/13 del 5 aprile 1993 in materia di clausole abusive nei contratti tra consumatori e professionisti nell'ipotesi in cui il creditore, ai fini dell'esecuzione forzata, avesse optato per il procedimento di esecuzione ipotecaria. In questa eventualità, infatti, le possibilità di opporre il carattere abusivo di una delle clausole del contratto di mutuo sarebbero risultate piuttosto limitate, in quanto rinviate ad un successivo procedimento di merito impossibilitato a produrre effetti sospensivi. A parere del giudice catalano, in altri termini, sarebbe stato estremamente difficile garantire un'efficace tutela al consumatore in un procedimento esecutivo, dal momento che esso non potrebbe interrompersi nemmeno di fronte ad una pronuncia di abusività di una clausola del contratto. In particolare, in un'ipotesi del genere,



alla parte non professionale non resterebbe che una tutela meramente risarcitoria la quale, però, non consentirebbe il recupero del bene espropriato.

Sulla scorta di tali considerazioni, il Juzgado de lo Mercantil de Barcelona decideva di sottoporre alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali tra le quali, in particolare, quella se il sistema di esecuzione dei titoli giudiziali su beni ipotecati o pignorati stabilito dagli articoli 695 e ss. c.p.c. spagnolo costituisse o meno una palese limitazione della tutela del consumatore, ponendo evidenti ostacoli di carattere formale e sostanziale all'esercizio, da parte di quest'ultimo, delle azioni legali o dei mezzi di ricorso giurisdizionali che garantiscono una tutela effettiva dei suoi diritti.

Lo stesso giudice, a fronte del testo normativo dell'art. 82 del regio decreto legislativo n. 1/2007¹, chiedeva, inoltre, all'organismo comunitario di dare un contenuto alla nozione di "sproporzione" per quanto riguarda: a) la possibilità di esigibilità anticipata di contratti a lungo termine per inadempimenti relativi ad un periodo assai limitato e preciso; b) la fissazione di interessi moratori che non rispondono ai criteri di determinazione degli interessi di mora inseriti in altri contratti riguardanti i consumatori (quale, ad esempio, il credito al consumo) e che in altri ambiti della contrattazione relativa ai consumatori potrebbero essere considerati abusivi ma per i quali, tuttavia, nei contratti di mutuo per l'acquisto di immobili, non sono previsti limiti di legge chiari, nemmeno nei casi in cui i detti interessi debbano essere applicati non soltanto alle rate scadute, bensì a tutte le rate dovute in virtù dell'esigibilità anticipata del contratto; c) la previsione di meccanismi di liquidazione e di fissazione degli interessi a tasso variabile, messi in atto unilateralmente dal mutuante e vincolati alla possibilità di esecuzione forzata, che non permettono al debitore esecutato di opporsi alla quantificazione del debito nell'ambito dello stesso procedimento esecutivo, ma rinviando ad un procedimento di cognizione in cui, quando verrà ottenuta una pronuncia definitiva, l'esecuzione si sarà conclusa o, quanto meno, il debitore avrà perduto il bene ipotecato o dato in garanzia.

2. Rispetto alle problematiche sollevate dal giudice spagnolo, la Corte di Giustizia, con la sentenza in epigrafe, ha stabilito che la normativa prevista dal codice di procedura civile iberico non risulta conforme alla disciplina comunitaria relativa ai diritti dei consumatori, così come sanciti nella direttiva 93/13 del 5 aprile 1993, dal momento che rende estremamente difficile per il giudice garantire un'efficace tutela del consumatore.

In particolare, il giudice comunitario censura la disciplina spagnola nella parte in cui 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.

¹ Secondo cui "per clausole abusive si intendono tutte quelle clausole che non sono state oggetto di negoziato individuale e tutte quelle pratiche che non risultano da un accordo espresso e che, contro il requisito della buona fede, determinano, a danno del consumatore e dell'utente, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto".



Osserva la Corte, infatti, che il principio di effettività deve ritenersi violato ogniqualvolta l'esecuzione immobiliare abbia luogo prima che il giudice della cognizione abbia dichiarato il carattere abusivo della clausola sulla cui base sorge il diritto ipotecario del creditore. In altri termini, l'impossibilità per il giudice della cognizione spagnolo di sospendere il procedimento esecutivo rende in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti ai consumatori dal legislatore comunitario, atteso che l'eventuale declaratoria di nullità della clausola giudicata abusiva è in grado di garantire al consumatore soltanto un tipo di tutela *a posteriori* e meramente risarcitoria.

La Corte ha, così, giudicato non conforme a quanto richiesto dal legislatore comunitario la normativa spagnola laddove non consente al giudice del merito, competente a valutare il carattere abusivo di una siffatta clausola, di emanare provvedimenti provvisori, tra cui, in particolare, la sospensione di detto procedimento esecutivo, allorché la concessione di tali provvedimenti risulti necessaria per garantire la piena efficacia della sua decisione finale.

Con riferimento alla seconda questione, vale a dire quella relativa alla nozione di clausola abusiva, la Corte di Giustizia ha, inoltre, precisato che l'art. 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che il «significativo squilibrio» a danno del consumatore deve essere valutato mediante un'analisi delle disposizioni nazionali applicabili in mancanza di un accordo tra le parti, onde appurare se, ed eventualmente in che misura, il contratto collochi il consumatore in una situazione giuridica meno favorevole rispetto a quella prevista dal vigente diritto nazionale. Inoltre, nella medesima prospettiva, a tale fine risulta pertinente procedere a vagliare la situazione giuridica in cui versa il citato consumatore alla luce dei mezzi che la disciplina nazionale mette a sua disposizione per far cessare il ricorso a clausole abusive.

Per accertare, poi, se lo squilibrio sia creato «malgrado il requisito della buona fede», occorre verificare se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse alla clausola in oggetto in seguito a negoziato individuale.

3. La sentenza della Corte di Giustizia rappresenta l'occasione per tornare su di un tema che ha lungamente impegnato sia la dottrina che la giurisprudenza italiane² dapprima con riferimento al testo dell'art. 3, comma 1, della direttiva 93/13³ e successivamente rispetto al tenore dell'art. 1469, comma 1, *bis* c.c., poi rifluito nell'art. 33 del Codice di consumo⁴.

² Per un inquadramento del problema sia consentito un rinvio ad A. Musio, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001, *passim*.

³ Secondo cui «una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto».

⁴ Alla stregua del quale «nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».



Sul punto si sono confrontati sostanzialmente due orientamenti: l'uno, tendente ad adeguare il dettato normativo italiano a quello di altre esperienze europee che maggiormente hanno influenzato il legislatore comunitario nella redazione della direttiva, l'altro, letterale e più fedele al testo della norma italiana.

Secondo la prima ricostruzione, dopo aver invano atteso che il legislatore correggesse il traduttore italiano della direttiva⁵, al fine di interpretare l'inciso "malgrado la buona fede" nel senso meglio rispondente al dettato normativo della direttiva comunitaria, la strada da seguire sarebbe stata quella di andare contro la lettera della legge italiana⁶. Il "malgrado", di cui all'art. 1469 *bis* c.c., prima, e di cui all'art. 33 Codice del consumo, poi, si sarebbe dovuto leggere come se al suo posto vi fosse scritto "in contrasto", seguendo cioè le versioni francese ("en dépit de l'exigence de bonne foi"), inglese ("contrary to the requirement of good faith") e tedesca ("entgegen dem Gebot von Treu und Glauben") della direttiva⁷.

Alla luce di tale impostazione, quindi, la buona fede presa in considerazione sarebbe dovuta essere di tipo oggettivo⁸ ed avrebbe dovuto svolgere la funzione di criterio fondamentale di valutazione della vessatorietà di una clausola.

Contrapposta alla tendenza che propende per una necessaria interpretazione correttiva del testo della legge è stata la tesi che ha preferito assecondare il tenore letterale della norma,

⁵ Ad auspicare tale soluzione A. Orestano, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 485; S. Patti, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 73; G. De Nova, *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole standard abusive*, in *Contratti*, 1993, p. 356; V. Rizzo, *Le clausole «abusiv»: realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 590; R. Pardolesi, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 148; L. Bigliazzi Geri, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in "Condizioni generali di contratto e direttiva CEE n. 93/13 del 5 aprile 1993". *Atti del convegno di studi di Napoli del 28 maggio 1993*, a cura di E. Cesaro, Padova, 1994, p. 31 ss.; L. Bellanova, *Il centro e l'anello: il mercato e i consumatori. Appunti sulla direttiva Cee concernente le clausole abusive*, in *Economia dir. terz.*, 1994, p. 914; V. Roppo-G. Napolitano, *Clausole abusive*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, III, Roma, 1994, p. 3; F.D. Busnelli-U. Morello, *La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, p. 373. In realtà sembra sia inesatto parlare di traduzioni di una direttiva e di conseguenza anche di errori di traduzione, in quanto non esiste alcun testo base di una direttiva che debba poi essere tradotto nelle diverse lingue dei Paesi membri. Esisterebbero cioè tanti testi ufficiali della direttiva in lingue diverse. Considera di poca rilevanza le incertezze in merito alla buona fede di cui all'art. 3 della direttiva U. Salvestroni, *Principi o clausole generali, clausole «abusiv» o «vessorie» e diritto comunitario*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 15.

⁶ L'inciso "malgrado la buona fede" sarebbe una formula che perpetua nel testo della legge di attuazione l'errore di traduzione che viziava l'art. 3, n.1 della direttiva 93/13.

⁷ La norma del 1469 *bis* andrebbe dunque così letta: "Nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista si considerano vessatorie le clausole che, in contrasto con la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto".

⁸ Cfr. G. De Nova, *Le clausole vessatorie. Art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, Milano, 1996, p. 16; V. Carbone, *L'individuazione delle clausole vessatorie tra criteri generali ed elencazioni statistiche*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 1305; 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. 415; G. Alpa-R. Delfino, *Il giudice di pace e la tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, p. 357; G. Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 159; G.L. Romagnoli, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997, p. 88; L. Bigliazzi Geri, *Sub art. 1469 bis, comma 1°*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 799 ora in AA.VV., *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: Dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca-F.D. Busnelli-L. Bigliazzi Geri-F. Bocchini-M. Costanza-G. Iudica-M. Nuzzo-V. Rizzo-M. Sesta-G. Vettori-A. Bellelli, Padova, 1999, p. 81 ss.; R.E. Arena, *La direttiva comunitaria 93/13 sulle clausole abusive. Suo recepimento nell'ordinamento italiano con particolare riferimento alla disciplina dei contratti bancari*, in *Giur. merito*, 1998, I, p. 160; S. Patti, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno, *I contratti in genere*, a cura di E. Gabrielli, I, Torino, 1999, p. 344; E. Gabrielli-A. Orestano, *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, Torino, 2000, p. 252.



mantenendo cioè il suo normale significato semantico con valore concessivo⁹. Tuttavia, all'interno di tale tesi, vi è stato chi ha inteso il riferimento alla buona fede in senso oggettivo e chi, al contrario, in senso soggettivo.

Per i primi la clausola poteva essere dichiarata vessatoria qualora avesse provocato un significativo squilibrio malgrado il comportamento corretto del professionista il quale, prima di far sottoscrivere il contratto, avesse correttamente illustrato al consumatore le clausole squilibrate¹⁰.

Per i secondi, invece, una clausola in grado di determinare un significativo squilibrio avrebbe dovuto essere giudicata vessatoria pur se il professionista non fosse stato consapevole di ledere, con la predisposizione di clausole abusive, i diritti del consumatore¹¹.

Si è già avuto modo di ritenere come il senso letterale piuttosto che quello conformato alle discipline straniere sia quello preferibile e ciò soprattutto se si condivide l'idea che l'interpretazione abrogante di una norma dovrebbe costituire l'*extrema ratio* di fronte ad un testo irrazionale¹². L'alternativa, del resto, sarebbe stata quella di dare ingresso nel nostro ordinamento ad un concetto di buona fede tipica del modello tedesco in cui essa rappresenta un criterio di valutazione degli interessi in causa ed, essendo in grado di determinare l'inefficacia della clausola con essa contrastante, finisce con lo svolgere una funzione invalidante piuttosto che meramente risarcitoria, come avviene, invece, nel nostro diritto civile.

Tuttavia, occorre precisare come nel nostro sistema la buona fede non può essere unicamente intesa come criterio di valutazione del comportamento delle parti del contratto (buona fede contrattuale), ma è anche utilizzata come *standard* valutativo dell'esercizio dei diritti e delle situazioni soggettive in generale (buona fede nell'esercizio di un diritto); ed è in questa seconda versione che essa assume, anche nel nostro sistema, un ruolo nel complesso sindacato di vessatorietà. Com'è noto, infatti, l'imprenditore può predisporre unilateralmente condizioni generali di contratto che il più delle volte rappresentano delle deroghe al diritto dispositivo e che determinano, quindi, scostamenti da quello che il legislatore stesso ha ritenuto il giusto punto di equilibrio tra le contrapposte posizioni giuridiche dei contraenti. Tale prassi commerciale si ritiene, in ogni caso, meritevole di tutela in quanto idonea a provocare benefici per tutti i consociati; in primo luogo all'impresa, che

⁹ Già in sede di commento alla direttiva comunitaria si era ritenuto che in presenza di uno squilibrio significativo la buona fede sarebbe stata giuridicamente irrilevante: N. Salanitro, *La direttiva comunitaria sulle "clausole abusive" e la disciplina dei contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, p. 549. In giurisprudenza per un'interpretazione letterale dell'art. 1469 bis c.c. cfr. Trib. Roma (ord.), 31 agosto 1998, in *Contratti*, 1998, p. 573 ss.; Trib. Palermo (ord.), 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2292 ss.

¹⁰ In tal senso G. Alpa, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, p. 47; Id., *La clausola abusiva non inficia il resto del contratto*, in *Le clausole vessatorie, dossier mensile di Guida al diritto. Il sole 24 ore*, 10, 1996, p. 12; R. De Negri, *La tutela di matrice comunitaria nei confronti delle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 197.

¹¹ L'art. 1469 bis andrebbe così letto: "Sono vessatorie le clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, nonostante che sussista la buona fede del predisponente".

¹² Sul punto si rinvia ad A. Musio, *La buona fede*, cit., p. 206.



riesce a razionalizzare la sua attività, ed in secondo luogo ai consumatori, che potranno spuntare prezzi più vantaggiosi¹³.

L'ordinamento nel riconoscere ad un soggetto la possibilità di predisporre unilateralmente condizioni contrattuali implicitamente pretende che questi non abusi del potere riconosciutogli, esercitandolo per perseguire fini differenti rispetto a quelli per i quali il potere stesso gli è stato attribuito. Pertanto, quando il professionista, nel predisporre unilateralmente il contenuto contrattuale, deroghi al diritto dispositivo, non per finalità organizzative, ma unicamente al fine di approfittare della sua posizione di supremazia economica e/o intellettuale rispetto alla controparte non professionale¹⁴, si avrà un abuso del potere che presuppone un comportamento contrario a buona fede.

Tale situazione emergerà quando - tenuto conto del concreto assetto di interessi dedotto in contratto - non sussisterà alcuna giustificazione causale capace di sorreggere la clausola di deroga al diritto dispositivo. Si pensi, ad esempio, alla pattuizione che, derogando all'art. 2237 c.c.¹⁵, preveda per il consumatore la possibilità di recedere solo entro pochi giorni dalla stipulazione del contratto e dietro pagamento di una somma pari ad una parte consistente del compenso pattuito. Tale pattuizione deve ritenersi vessatoria se la somma che il consumatore dovrà versare non corrisponderà ad alcuna prestazione del professionista o ad alcuna spesa da quest'ultimo sostenuta¹⁶.

La soluzione proposta appare, quindi, differente rispetto a quella del modello tedesco, dove la buona fede si specifica come "precetto che impone al predisponente di esercitare il suo potere in conformità del principio di equità". Ma tale differenza è il frutto anche di una sostanziale diversità di struttura tra il codice civile italiano, che distingue nettamente le

¹³ In merito all'ammissibilità della contrattazione standardizzata nella Relazione del Guardasigilli al punto n. 168 si legge: "Ho creduto di dichiarare la legittimità (del resto ormai affermata sia nella pratica che nella dottrina) perchè essa consente uniformità fra le operazioni dello stesso tipo, e così risponde ai bisogni di una ordinata organizzazione tecnica e finanziaria, rende possibili le previsioni dei rischi, la riduzione dei medesimi e una disciplinata formazione dei prezzi. Data, poi, la rapidità che oggi richiede la conduzione di affari di massa, non riuscirebbe sicuro l'apprezzamento dell'utilità di ciascuno se dovesse sempre imporsi la discussione del contratto".

Anche la Relazione al Re al punto n. 78 riprende le stesse considerazioni: "Il bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti, alle quali non potrebbero attendere se non agenti e produttori privi di legittimazione a contrarre, l'esigenza di semplificare l'organizzazione e la gestione delle imprese, inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunciare all'affare. Un tale metodo di conclusione del contratto non deve ritenersi illegittimo solo perchè non dà luogo a trattative e a dibattiti di clausole, ma costringe ad accettare patti predisposti. La realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattativa, che porterebbe intralci spesso insuperabili". Il ricorso, insomma, a *standards* negoziali unilateralmente predisposti da fabbricanti e operatori del settore distributivo non è in discussione, perchè in una moderna economia di mercato non vi sono alternative razionali (V.G. Berlioz, *Exposé introductif*, in *Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur*, Paris, 1978, p. 17 ss.).

¹⁴ G. D'Amico, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 337 ss. Ritiene che il professionista abusi del suo potere di predisporre unilateralmente condizioni generali di contratto qualora inserisca nel contenuto del contratto clausole che hanno il solo scopo di vessare il cliente. G. Pignataro, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999, p. 25.

¹⁵ La norma, com'è noto, prevede la possibilità per il committente di un contratto d'opera intellettuale di recedere *ad nutum* rimborsando le spese sostenute dal prestatore d'opera e pagando il compenso per l'opera da quest'ultimo eventualmente svolta.

¹⁶ Pret. Bologna, 6 agosto 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 384 ss., con nota di A. Palmieri, *Alla ricerca degli equilibri perduti: i giudici nei meandri della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*.



nozioni di equità e di buona fede, ed il *BGB*, in cui non è presente una norma equivalente all'art. 1374 c.c. e tale mancanza è supplita da una potenziata portata del principio di *Treu und Glauben* (§ 242 *BGB*) che rappresenta un concetto più ampio rispetto alla nozione romanistica di buona fede. Mentre quest'ultima, infatti, nell'ordinamento italiano è solo potenziale fonte di risarcimento del danno, la *Treu und Glauben* attribuisce al giudice anche un potere di controllo sul contenuto del contratto che sia in grado di realizzare un equo e conveniente bilanciamento di interessi.

Intesa in questa seconda accezione, la buona fede viene ad assumere il significato proprio della ragionevolezza e a svolgere in ultima istanza la funzione propria dell'equità¹⁷. Il giudice, infatti, non potrebbe affidarsi ad una direttiva legale che lo rinvia a *standards* etico-sociali di valutazione. In particolare, egli non potrebbe confrontarsi con parametri di commisurazione del comportamento che il professionista pone in essere nel momento formativo del contratto, ma sarebbe chiamato a valutare, secondo criteri di mera razionalità materiale, la giustificatezza della deroga al diritto dispositivo¹⁸.

La ragionevolezza è, peraltro, uno strumento che tradizionalmente caratterizza i giuristi di *common law* per i quali il *test di reasonableness* viene comunemente utilizzato per stabilire se un patto possa far validamente parte di un contratto. Ciascuna pattuizione, infatti, per poter superare tale giudizio deve essere ragionevole ed equa in rapporto alle circostanze del caso note o prese in conto, o che comunque avrebbero dovuto ragionevolmente essere note o essere prese in conto, dalle parti al momento della conclusione del contratto.

Con riferimento alla contrattazione standardizzata, in Inghilterra, già dal 1978, l'*Unfair Contract Terms Act* prevede che alcune clausole vengano giudicate *unfair* qualora non superino il vaglio della ragionevolezza. Con l'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* dell'8-14 dicembre 1994 è stata, poi, data attuazione nel Regno Unito alla direttiva comunitaria 93/13, prevedendo che il giudizio di abusività della clausola sia sottoposto ad un *test* di buona fede. Secondo la normativa di attuazione della direttiva comunitaria la clausola è iniqua se "*contrary to the requirement of good faith [it] cause a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer*".

I giudizi di ragionevolezza e di buona fede, però, vanno condotti tenendo presenti parametri di valutazione pressoché analoghi dal momento che gli elenchi di cui all'allegato 2 dell'*UCTA* e all'allegato 2 del Regolamento si ripetono quasi pedissequamente. Al *test* di ragionevolezza viene, in definitiva, affiancato un nuovo *test* c.d. di *fairness* per quelle clausole

¹⁷ L. Mengoni, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno, III Diritto privato, 2 Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, p. 540 ss.

¹⁸ L. Mengoni, *Problemi di integrazione*, cit., p. 347; Id., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 16 s. ove l'autore sostiene che «in deroga a un principio del nostro diritto privato, si sarebbe così aperta una breccia, per ora limitata ai contratti del consumatore, alla penetrazione nella sfera degli atti di autonomia privata - sotto specie di *iudicium bonae fidei* condizionante la validità della clausola - di un sindacato di ragionevolezza analogo a quello esercitato dalla Corte costituzionale sulle norme di legge, con conseguente attribuzione al giudice civile di un difficile compito di bilanciamento di interessi (art. 1469-ter)».

La valutazione della giustificatezza di una clausola condotta alla stregua di criteri di mera razionalità materiale conduce a ritenere non vessatoria la clausola di esonero da responsabilità inserita dall'imprenditore a suo favore per la semplice circostanza che al momento della conclusione del contratto esistevano particolari congiunture di mercato tali da rendere ragionevole l'inserzione di un siffatto patto.



inserirle nei contratti tra consumatori e professionisti il quale, però, non può considerarsi sostitutivo del precedente bensì applicabile congiuntamente al primo. La “*good faith*”, pertanto, ai sensi della Sez. 2 deve essere accertata prendendo in considerazione particolarmente: a) la forza della posizione contrattuale delle parti; b) qualsiasi influenza esercitata nei confronti del consumatore per accettare la condizione; c) se i beni o i servizi sono stati forniti o venduti in base ad uno specifico ordine del consumatore; d) la misura in cui il fornitore o il venditore ha agito *fairly and equitably*¹⁹.

Ne deriva, in ultima analisi, che anche nel sistema inglese la buona fede finisce con l'essere utilizzata per bilanciare i contrapposti interessi delle parti, appiattendosi così il suo significato su quello proprio della ragionevolezza ed assimilando la funzione da essa svolta a quella tipica dell'equità.

4. Nel nostro sistema giuridico, alla ragionevolezza si è soliti fare riferimento a proposito del sindacato di legittimità costituzionale e non già quale criterio guida in ambito contrattuale per giudicare la validità o la vincolatività di un accordo. Nel contesto del sindacato di costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge la ragionevolezza rappresenta un criterio con il quale la Corte Costituzionale controlla i procedimenti di bilanciamento tra principi costituzionali e valuta se le scelte legislative siano corrette o meno. Esso funge, cioè, da misura della legittimità dell'esercizio del potere legislativo. L'utilizzo del criterio della ragionevolezza permette, peraltro, di garantire il rispetto del principio di uguaglianza sostanziale, consentendo di salvaguardare quelle discipline che, sebbene comportino una differenziazione rispetto alle regole di carattere generale, non risultino arbitrarie, ma, al contrario, siano sostenute dalla logica di assecondare specifici interessi meritevoli di una protezione differenziata. Pertanto, quando il legislatore, pur derogando al principio di uguaglianza formale, resti nei limiti della ragionevolezza, la norma non potrà essere giudicata incostituzionale.

Da ultimo, però, il tema della ragionevolezza ha assunto significativa rilevanza anche nell'ambito del diritto civile sia come modello di condotta, sia come formula di imputazione della responsabilità, sia come criterio posto a presidio dell'equilibrio contrattuale²⁰.

Al di là di qualche sporadico ed occasionale riferimento alla ragionevolezza contenuto nel codice civile al riguardo di dichiarazione di assenza (art. 49), di affitto di fondi rustici (art. 1637) e di limiti del mandato (art. 1711), la maggior parte dei richiami a tale nozione è avvenuta sulla scorta di interventi normativi di derivazione comunitaria (artt. 1748 sui diritti

¹⁹ Non pare superfluo notare, a tal riguardo, come le prime tre lettere di tale elenco riproducono pedissequamente gli indici fissati dall'allegato 2 dell'UCTA per l'applicazione del *reasonableness test*. Va rilevato inoltre che, come già accadeva nell'UCTA, la *Regulation* si limita ad indicare gli indici da valutare ai fini della conformità a buona fede ma non determina quale peso specifico debba essere assegnato a ciascuno degli indici elencati.

²⁰ Si veda sul punto S. Troiano, “Ragionevolezza” e concetti affini: il confronto con diligenza, buona fede ed equità, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 679. Contrario ad un approccio funzionalistico della ragionevolezza è invece F. Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 117 ss.



dell'agente, 1479 sugli obblighi del preponente e 1751 sull'indennità in caso di cessazione del rapporto di agenzia) o di provenienza internazionale (art. 1783 sulla responsabilità per le cose portate in albergo). Al di fuori del codice civile, poi, è stata la materia della tutela dei consumatori, che rappresenta il più consistente blocco di norme inserite nel nostro sistema giuridico in conseguenza dell'operato del legislatore comunitario, a far sovente ricorso alla nozione di ragionevolezza. Nel codice di consumo, infatti, numerosi sono ad essa i richiami (artt. 3, 18, 20, 22, 23, 26, 27, 33, 103, 104, 105, 116, 117, 129, 130)²¹.

Essendo una categoria sostanzialmente nuova per il nostro diritto civile, non è dato ritrovare una precisa definizione normativa della ragionevolezza, né quella data dai Principi di diritto contrattuale europeo, secondo cui "è da ritenersi ragionevole ciò che chiunque in buona fede e nella stessa situazione delle parti dovrebbe considerare ragionevole", può dirsi soddisfacente data l'evidente soluzione tautologica adottata²².

La giurisprudenza, dal canto suo, ha negato la possibilità di un controllo di ragionevolezza da parte del giudice sugli atti di autonomia privata *sub specie* di un sindacato condotto alla stregua della clausola generale di correttezza e buona fede²³. E pur quando ha ammesso in linea teorica che in ambito contrattuale sia consentito un controllo di ragionevolezza, in funzione del temperamento degli opposti interessi delle parti, ha in sostanza finito per ridurre la ragionevolezza a parametro di valutazione del comportamento dei contraenti, individuando nella sua mancanza un indizio dell'abuso²⁴. E', tuttavia, evidente come in questo modo il ruolo riservato alla ragionevolezza nella sostanza non si differenzi rispetto a quello avuto dalla buona fede, intesa non già come criterio di valutazione del comportamento delle parti del contratto, bensì come *standard* valutativo dell'esercizio dei diritti e delle situazioni soggettive in generale.

Nonostante l'incertezza che caratterizza la nozione stessa di ragionevolezza nel nostro sistema giuridico, una parte della dottrina ha auspicato un suo affermarsi, unitamente all'abbandono della buona fede²⁵. La prima, infatti, rappresenterebbe l'unico modulo a misura d'uomo idoneo a determinare il punto di equilibrio tra le opposte pretese, mentre la seconda, costituendo un concetto impregnato di eticità, non sarebbe più in grado di esplicare una funzione ordinante di una società nella quale non esiste più concezione morale dominante. Tale impostazione, tuttavia, si ricollega ai timori - già in precedenza ventilati - di possibili abusi cui la buona fede si presterebbe, attesa la vaghezza della clausola²⁶. Si era già

²¹ Cfr. in senso analogo S. Patti, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1, p. 1 ss.

²² La critica alla previsione è mossa anche da S. Patti, *La ragionevolezza*, cit., p. 3. Sulle nozioni di buona fede e ragionevolezza nell'ambito dei tentativi di armonizzazione del diritto europeo dei contratti si veda il contributo di E. Navarretta, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 953 ss.

²³ In tal senso cfr. Cass. Sez. Un., 17 maggio 1996, n. 4570, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 760, con nota di L. Fantini, *Ancora una pronuncia delle Sezioni unite sulla parità di trattamento retributivo a parità di mansioni*.

²⁴ Nella specie di cui alla decisione di Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2009, 11, p. 1009 si è configurata l'ammissibilità di un controllo giudiziale sulla ragionevolezza del contratto da parte del giudice circa l'esercizio del diritto di recesso, precisando che, al fine di affermarne od escluderne l'esercizio abusivo, l'interprete è chiamato a verificare la rispondenza dell'atto di recesso alle finalità delineate e consentite dal legislatore.

²⁵ F. Criscoli, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 732.

²⁶ Considera il principio di correttezza caratterizzato da una sostanziale vaghezza F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 27.



in passato sollevato il problema che la magistratura, per il tramite di un concetto aperto come la buona fede, avrebbe potuto inserire all'interno delle decisioni elementi etici e morali di convinzione personale, espropriando, così, il legislatore delle proprie funzioni.

E' stato, però, correttamente osservato come tale preoccupazione era, in fondo, frutto dell'equivoco secondo cui la buona fede recepisce direttamente elementi etici e morali, agendo, in questo modo, come un vero e proprio principio generale. A rigore, invece, la buona fede non ha la funzione - propria dei principi generali - di recepire le istanze sociali o i valori dell'ordinamento ma, in quanto clausola generale, quella di specificare, nell'ambito di un preciso istituto, il principio generale stesso a cui si rifa²⁷.

5. Fatte queste doverose precisazioni circa la portata sia della buona fede che della ragionevolezza nel nostro sistema ed anche in quelli che hanno maggiormente ispirato la normativa comunitaria in materia di consumatori, sembra ora possibile soffermarsi sulla soluzione adottata dalla Corte di Giustizia con riguardo all'interpretazione dell'art. 3, comma 1, della direttiva 93/13 secondo cui - giova ribadirlo - *“una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto”*.

Il giudice comunitario, partendo da quanto previsto dal sedicesimo considerando della stessa direttiva - ai sensi del quale *“il professionista può soddisfare il requisito della buona fede trattando in modo leale ed equo con la controparte, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi”* -, ha, come già detto, voluto chiarire che, per accertare *“se lo squilibrio sia creato «malgrado il requisito della buona fede»*, occorre verificare se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse alla clausola in oggetto in seguito a negoziato individuale”.

Ne deriva che la ragionevolezza finisce con l'assumere un ruolo complesso e piuttosto importante nella valutazione dell'abusività della clausola, atteso che, da un lato, costituisce criterio utile al fine di giudicare se il professionista possa attendersi l'adesione al contratto della controparte non professionale ma, dall'altro, rappresenta anche un connotato della condotta dello stesso consumatore. Il sindacato di abusività, così strutturato, si fonda, infatti, sulla presunzione che il consumatore sia comunque in grado di operare scelte ragionevoli sulla base di valutazioni razionali che gli consentano di approdare a soluzioni contrattuali economicamente convenienti ed idonee al soddisfacimento dei propri interessi.

Le aspettative del professionista saranno ragionevoli, cioè, sull'assunto che la sua controparte sia un soggetto altrettanto ragionevole e che non sia, pertanto, disposto ad accettare condizioni contrattuali assolutamente sconvenienti.

²⁷ G.M. Uda, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, p. 187 ss. Distinguono nettamente i concetti di clausola generale e di principio generale L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 10; A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 544; S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 722.



La Corte di Giustizia, poi, coerentemente con i modelli normativi dominanti che hanno ispirato il legislatore comunitario, ribadisce che il giudizio di abusività va condotto alla stregua di una nozione di buona fede che consente al giudice di verificare se il professionista abbia trattato in modo equo e leale con la controparte, di cui deve tener presenti i legittimi interessi. Sul professionista, infatti, in quanto parte forte del rapporto, graverebbe un generico dovere di protezione della sfera giuridica del consumatore che andrebbe tutelata non solo seguendo un comportamento corretto o leale durante la fase della conclusione del contratto, ma anche equo.

Si è, cioè, voluto far riferimento ad un tipo di buona fede che involge anche una valutazione equitativa dei contrapposti interessi in gioco e che consente, quindi, al giudice di considerare abusive anche clausole non ritenute giuste ad una complessiva valutazione dell'intero assetto di interessi.

La buona fede, però, è stata spesso considerata, sia in Italia come in Germania, un elemento di incertezza per le parti ed un possibile strumento di abuso da parte dei giudici e, pertanto, il ricorso ad essa corre il rischio di rinnovare le critiche già mosse in passato nei confronti dei concetti elastici del diritto, in generale, e della buona fede, in particolare, ricacciando le clausole generali nell'evanescenza e nell'indeterminatezza. In effetti, la possibilità di considerare abusiva una clausola per il semplice fatto che il professionista abbia trattato in modo sleale ed iniquo con il consumatore rappresenta senz'altro una situazione in grado di mettere in discussione la certezza delle relazioni contrattuali e la fluidità dei traffici commerciali.

A livello forse inconscio, quindi, la Corte, pur optando per un modello di controllo che privilegia il contemperamento di interessi affidato a valutazioni in ultima istanza equitative del giudice, ha ritenuto di dover apportare un temperamento alla discrezionalità di quest'ultimo. Egli, infatti, per orientarsi nella delicata operazione di bilanciamento dei contrapposti interessi, dovrà usare come bussola un sicuro ed universale parametro di riferimento che, nel caso di specie, è rappresentato dalla ragione.

Con la sentenza in epigrafe si assiste, in sostanza, a quel fenomeno, in atto ormai da tempo a livello di diritto privato europeo, di ibridazione tra le categorie della buona fede e della ragionevolezza²⁸. Tale processo, però, non è solo il risultato di un tentativo di integrazione tra differenti sistemi giuridici, quello di *common law*, da un lato, avvezzo al controllo di abusività fondato sul *reasonableness test*, e quello di *civil law*, dall'altro, che privilegia il ricorso alla clausola generale di buona fede.

La necessità, infatti, di chiarire che il giudizio di buona fede debba essere condotto tenendo conto di ciò che il professionista possa ragionevolmente attendersi trova la sua più intima ragione nel tentativo di sottrarsi all'incertezza che tradizionalmente caratterizza il giudizio di buona fede a causa della una spiccata vocazione assiologia. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, sebbene - come detto - la buona fede non recepisca direttamente le

²⁸ Osserva come esista una tendenza, che percorre allo stato latente il diritto europeo dei contratti, volta ad abbandonare la buona fede per farla confluire nella onnicomprensiva clausola della ragionevolezza O. Troiano, "Ragionevolezza" e concetti affini, cit., p. 681.



istanze sociali o i valori dell'ordinamento, essa svolge la funzione di specificare, nell'ambito delle obbligazioni e dei contratti, il principio generale di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

Tuttavia, come è stato opportunamente notato, a livello europeo, il problema è rappresentato, nell'attuale momento storico, dal fatto che, nonostante esista una Carta dei diritti fondamentali, adottata dal Trattato di Lisbona, ancora non si è riusciti a raggiungere una unanime condivisione circa l'elaborazione di una chiara identità culturale europea²⁹. In tale situazione persiste, dunque, un'incertezza valoriale che suggerisce ai legislatori, prima, e agli organi giurisdizionali, poi, di spostare l'attenzione da giudizi fondati su scelte assiologiche a valutazioni che si affidano a *standards* più neutri e soprattutto univoci, come avviene per la ragionevolezza il cui criterio di giudizio si basa sulla pura logica.

²⁹ F. Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1117 ss.