



Tutela inibitoria del consumatore e trasparenza dei modelli omogenei di contrattazione



Angelo Barba

Prof. ord. dell'Università di Siena

SOMMARIO: 1. Le ragioni di interesse per la sentenza. – 2. Trasparenza ed azione inibitoria: il primato dell'atto. – 3. La dialettica tra azione individuale e azione collettiva. – 4. Le condizioni di fatto dell'azione collettiva inibitoria. – 5. Interesse collettivo e azione inibitoria. – 6. Contenuto dell'obbligo di trasparenza e *causa petendi*. – 7. La rilevanza rimediale della contrattazione distributiva. – 8. (*Segue*) le pratiche pre-contrattuali e contrattuali. – 9. Il controllo di trasparenza della contrattazione come esito sistematico. – 10. Il criterio di controllo della trasparenza: il consumatore medio. – 11. (*Segue*) la conformazione applicativa del parametro. – 12. La funzione del consumatore medio. – 13. Rischio indisponibile ed imputazione della scelta individuale. – 14. Per una riflessione futuribile.

1. Le ragioni di interesse per la sentenza

La sentenza C-450/22 resa dalla Corte di Giustizia¹ merita di essere segnalata e meditata non tanto in ragione della vicenda processuale da cui trae origine e, quindi, con riguardo alla clausola di tasso minimo (*floor*) contenuta nelle condizioni generali di contratto di mutuo a tasso variabile², da un lato; e nella direzione di analisi indicata dalla relazione rimediale tra nullità e restituzione costruita nelle forme del diritto (sostan-

¹ In *Foro it.*, 2024, IV, 409 (in seguito: Sentenza).

² Si v., in generale, CAMPAGNA, *La clausola con tasso minimo preteso nel mutuo (c.d. floor clause)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 99 ss. Cfr. altresì la decisione del collegio di coordinamento ABF, 4 aprile 2024, n. 4137.

ziale) dei consumatori attraverso la tecnica processuale dell'azione inibitoria collettiva, dall'altro³. Né l'osservatore più consapevole della giurisprudenza italiana deve registrare in termini di assoluta novità l'esito del giudizio, in relazione alla prima delle due questioni pregiudiziali sollevate dal giudice spagnolo⁴: in realtà la configurabilità di un'azione inibitoria collettiva per il controllo di trasparenza delle condizioni generali di contratto era già stata riconosciuta – allora *ex art. 1469 sexies c.c.* – in una nota e risalente vicenda giudiziaria nazionale⁵. Anche in quella lontana esperienza giuridica emergeva un problema di adeguatezza della tecnica processuale (azione inibitoria collettiva) alle finalità di tutela giurisdizionale del consumatore dalle clausole abusive, ma in un contesto argomentativo diverso da quello elaborato dal giudice spagnolo per la formulazione della prima questione pregiudiziale.

Conviene soffermarsi sui contenuti tecnici di questa differenza, soprattutto per comprendere il comune orizzonte di senso giuridico e culturale che, in realtà, caratterizza le argomentazioni dei due giudici nazionali: quello spagnolo nella formulazione della prima questione pregiudiziale, da un lato, e quello italiano nella costruzione della motivazione che sosteneva l'ammissibilità e l'esito positivo dell'inibitoria collettiva, dall'altro. Un comune atteggiamento ermeneutico e sistematico che, per altro, l'osservatore può rintracciare, immutato, anche nelle riflessioni di commento che analizzano oggi la decisione del giudice europeo e che accompagnavano, allora, la vicenda giurisprudenziale nazionale⁶.

Infatti, è dall'analisi dell'orizzonte di senso comune alle due diverse argomentazioni dei giudici nazionali che emerge il significativo valore sistematico dell'esito ermeneutico elaborato e raggiunto dal giudice europeo.

A voler chiarire adesso l'occasione, il limite e la complessiva architettura concettuale di questa breve riflessione, occorre sottolineare come le ragioni di interesse per la decisione del giudice europeo derivino, tra l'altro, dalla coerente ed analitica conferma

³ A riguardo v. PAGLIANTINI, *Caixbank e a.: l'epopea delle "suelo" e le malebolgie dell'azione inibitoria collettiva. Giustizia mosse il mio alto fattore*, in *Foro.it.*, 2024, IV, 419 ss.

⁴ È utile ricordarla: "Se l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva [93/13], nel rinviare alle circostanze che accompagnano la conclusione del contratto e l'articolo 7, paragrafo 3, della medesima direttiva, nel fare riferimento a clausole simili, siano applicabili alla valutazione astratta, ai fini del controllo di trasparenza nell'ambito di un'azione collettiva, di clausole utilizzate da oltre un centinaio di istituti finanziari in milioni di contratti bancari, senza tener conto del livello dell'informazione precontrattuale fornita sull'onere giuridico ed economico della clausola, né delle altre circostanze ricorrenti in ciascun caso al momento della stipula".

⁵ Conclusa con la sentenza Cass. 21 maggio 2008, n. 13051, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 667 ss. ma v. App. Roma, 24 settembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 119 ss.

⁶ VISMARA, *Clausola floor e contratti di finanziamento*, in *I contratti*, 2024, 637 ss.; MOLITERNI, *Clausole abusive e contratti bancari: azione inibitoria, ius variandi nei rapporti regolati in conto corrente e limitazione pattizia della responsabilità della banca nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 678 ss.; COSTANZA, *I consumatori: clienti speciali delle banche*, in *Giust. civ.*, 2009, 701 ss.

della necessità e dell'*insufficienza* nella costruzione del sistema di tutela dei consumatori, ed in particolare nell'ermeneutica della disciplina delle clausole abusive, di un'impostazione e di un modello giuridico-culturale adagiato sul primato dell'*atto*, del contratto di consumo, e abituato a trascurare, spesso persino ad ignorare, l'*attività* – sia quella di impresa sia quella di consumo – come struttura della dinamica concorrenziale del mercato⁷.

Il controllo di trasparenza formale e sostanziale della clausola di tasso minimo, come di qualsiasi altra clausola predisposta dal professionista per uniformare la distribuzione ai consumatori di beni o servizi, se attivato mediante l'azione inibitoria collettiva si manifesta nell'esperienza giuridica come controllo di correttezza delle “pratiche contrattuali e precontrattuali standard”⁸.

Detto in altri termini, la sentenza del giudice europeo conferma la rilevanza della *contrattazione*, non solo del *contratto*, nell'ermeneutica della direttiva 93/13 e, quindi, per la costruzione del sistema di tutela del consumatore.

2. Trasparenza ed azione inibitoria: il primato dell'atto

La prima questione pregiudiziale sollevata dal giudice spagnolo era costruita sul rapporto tra l'art. 4, paragrafo 1, e l'art. 7, paragrafo 3, della direttiva 93/13. Si dubitava in particolare che il riferimento, ai fini della valutazione del carattere abusivo di una clausola, a “tutte le circostanze che accompagnano” la conclusione del contratto – e dunque il riferimento del giudizio a questo preciso “momento” della vicenda negoziale – ed alle “clausole simili” fosse compatibile con la tecnica processuale dell'inibitoria collettiva. Forma processuale, questa, che è sempre caratterizzata, invece, nel senso dell'astrazione dal contesto in cui si colloca il singolo contratto e che, nel caso concreto, era altresì organizzata attraverso una struttura soggettiva ed oggettiva assai complessa: in particolare a) per il numero assai elevato di enti creditizi coinvolti, b) per la circostanza che l'inserzione della clausola di tasso minimo avveniva da lungo tempo ed in base alle diverse normative che si erano succedute e, quindi, c) per l'impossibilità di verificare le informazioni precontrattuali fornite “in ciascuna fattispecie ai consumatori”.

Nell'esperienza giuridica italiana, il problema della compatibilità tra azione inibitoria collettiva e controllo di trasparenza della clausola traeva ragione da un argomento di natura ermeneutica: la violazione del dovere di predisporre il regolamento contrattuale redigendo le clausole in modo chiaro e comprensibile (oggi art. 35 cod. cons., allora art. 1469-*quater* c. c.) non era richiamato nell'art. 1469-*quinques* c.c. (oggi art. 36 cod. cons.) che menzionava solo gli artt. 1469-*bis* e 1469-*ter* c. c. (oggi artt. 33 e 34 cod. cons.).

⁷ Cfr., per questa impostazione, già BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato*, Torino, 2021, *passim*, ma 277 ss. (283 ss.)

⁸ Questa la formula utilizzata dal giudice europeo nella Sentenza, v. punto n. 41.

In sostanza: se la violazione dell'obbligo di trasparenza *non rileva* ai fini della vessatorietà della clausola, l'azione inibitoria collettiva – prevista per inibire l'uso delle condizioni “di cui si è accertata l'abusività” (oggi art. 37, comma 1 cod. cons.) – non può avere ad oggetto il controllo di trasparenza.

Si tratta, dunque, di due argomentazioni molto diverse, che tuttavia traggono origine e ragione di senso dalla medesima impostazione giuridico-culturale: quella che accoglie ed elabora il *problema* giuridico delle clausole abusive nel *sistema* del diritto dei consumatori *solo* attraverso l'analisi dell'atto.

Il dubbio del giudice spagnolo è generato, infatti, dalla necessità di emancipare il controllo di trasparenza dal singolo contratto e dal contesto che ha accompagnato la concreta vicenda negoziale sino al momento della sua conclusione.

La questione affrontata dal giudice italiano moveva, nondimeno, dalla estraneità del controllo di trasparenza alla disciplina di tutela del consumatore dalle clausole abusive predisposte dal professionista: il problema giuridico traeva origine, quindi, dalla disciplina dell'atto come limite dell'azione inibitoria collettiva.

Accolto il primato dell'atto, della sua vicenda e della sua disciplina, diventa difficile o incerta la configurabilità di un controllo di trasparenza attraverso un'azione collettiva inibitoria.

Nella risalente vicenda giudiziaria italiana, il problema veniva risolto attraverso un'operazione ermeneutica che, in sostanza, confermava il primato e la esclusiva centralità della disciplina del contratto: riconosciuta la relazione funzionale, rilevante ai fini della protezione del consumatore, tra trasparenza e vessatorietà della clausola, si affermava il principio per cui l'ambito di applicazione dell'art. 1469-*sexies* c.c. (oggi art. 37, cod. cons.) include “il difetto di chiarezza e comprensibilità”⁹.

3. La dialettica tra azione individuale e azione collettiva

L'impostazione ed il modello giuridico e culturale accolti dal giudice europeo nell'ermeneutica della direttiva 93/13 muovono, invece, dalla pluralità delle tecniche processuali funzionali alla tutela giurisdizionale del consumatore. Da un lato l'azione individuale del consumatore che mobilita lo Stato, il giudice nazionale, a controllare persino d'ufficio il carattere abusivo della clausola e che è destinata a recuperare ragioni e misure di simmetria tra i poteri che si incontrano e si scontrano nella singola, concreta, vicenda negoziale. Dall'altro, l'azione inibitoria collettiva che la soggettività metaindividuale organizzata per la rappresentanza (o la rappresentazione) degli interessi *collettivi* dei consumatori, esercita per promuovere e realizzare l'interesse pubblico nel senso di *generale* (non solo dello Stato nazionale) al buon funzionamento del mercato concorren-

⁹ Conserva ragioni di utilità il commento all'art. 1469-*sexies* di TOMMASEO, in *Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Commentario a cura di ALPA e PATTI, t. I, Milano, 1997, 755 ss.

ziale. Un modello rimediale che l'osservatore non può ricondurre al principio di sussidiarietà orizzontale, ma che, da tale principio, riceve il senso ed il valore sistematico della differenza tra interesse pubblico in quanto imputato allo Stato ed interesse generale in quanto rilevante nella dinamica giuridica *senza* imputazione (arg. ex art. 118 cost. e art. 11 TUE). Differenza che, tra l'altro, individua e custodisce l'autonomia concettuale e rimediale dell'interesse collettivo¹⁰.

In tale direzione di analisi la dialettica tra azione individuale ed azione collettiva, accolta ed utilizzata nella sentenza del giudice europeo in relazione all'ermeneutica della direttiva 93/13, ma rilevante anche come modalità argomentativa funzionale alla costruzione del sistema unitario di tutela del consumatore, rende conoscibile un più intimo e complesso significato. Rivela, in particolare, il reale valore rimediale che le tecniche processuali, in quanto complementari, generano nella costruzione della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi collettivi dei consumatori.

L'azione inibitoria collettiva, (non solo) nella direttiva 93/13, *completa* l'apparato rimediale individuale, che è destinato alla ricostruzione o alla conservazione della simmetria tra i poteri nella concreta vicenda negoziale di consumo attraverso tecniche di *compensazione* che incidono sul contratto o sul rapporto di consumo. In particolare, l'inibitoria collettiva ex art. 7 della direttiva (art. 37 cod. cons.), in quanto configurata per eliminare dalla contrattazione uniforme le clausole abusive, svolge una *funzione regolatoria* del mercato. Una funzione di regolazione affidata all'iniziativa privata dei soggetti singoli (art. 840-*sexiesdecies*, c.p.c.) o associati (art. 37 e art. 140-*octies*, cod. cons.), dunque realizzata secondo le forme tecniche del diritto privato e destinata a tutelare – sempre attraverso l'intervento del giudice¹¹ – l'interesse collettivo dei consumatori alla correttezza del rapporto generato dal contratto e, con specifico riguardo alla trasparenza, della contrattazione.

Dunque, la dialettica tra azione individuale ed azione collettiva, accolta ed attivata dal giudice europeo secondo la modalità logico-argomentativa riconducibile alle categorie della 'valutazione in astratto' e della 'valutazione in concreto', dimostra il differente e

¹⁰ A riguardo, sembra utile sottolineare la necessità, non sempre avvertita in dottrina, di non confondere o identificare l'interesse pubblico menzionato nel considerando n. 70 della direttiva 2020/1828 in relazione all'interesse collettivo dei consumatori con l'interesse dello Stato. La formula, interesse pubblico – che non può certo essere intesa come interesse dello Stato in quanto imputato all'Unione europea che, invece, non è uno Stato – è da intendere come *interesse generale*: quindi *anche* (non solo) dello Stato nazionale (arg. ex art. 118, comma 4, Cost.). Si tratta di una formula che, nel diritto di fonte europea, individua il referente teleologico (ed assiologico) delle forme giuridiche riconducibili sia al diritto privato sia al diritto pubblico. L'iniziativa privata che si manifesta nella forma processuale dell'azione rappresentativa promuove l'interesse generale in quanto tutela l'interesse collettivo dei consumatori. Ma v. AULETTA, *L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1670 ss.

¹¹ Quindi non in applicazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale. Cfr. a riguardo, BARBA, *Contenzioso climatico e difetto assoluto di giurisdizione*, in corso di pubblicazione in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 6/2024 (§§ 1 e 2).

complementare valore funzionale della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi collettivi dei consumatori: la funzione compensativa e la funzione regolatoria¹².

4. Le condizioni di fatto dell'azione collettiva inibitoria

La circostanza, di natura processuale, che attraverso l'azione rappresentativa sia possibile realizzare esiti compensativi, non incide né limita la funzione regolatoria che l'azione collettiva inibitoria è destinata a realizzare nel sistema di tutela del diritto dei consumatori. L'azione rappresentativa promossa per richiedere provvedimenti compensativi *ex art. 140-novies* cod. cons. non svolge (se non in misura limitata ed in forma mediata ed occasionale) una funzione regolatoria ed ha comunque bisogno di conservare e garantire, in termini rimediali, una connotazione individuale; sempre, anche quando è esercitata senza mandato da parte dei consumatori e dunque nella forma della rappresentanza (non della rappresentazione) degli interessi collettivi dei consumatori.

Il senso tecnico e funzionale che una lettura meno ideologica e sbrigativa della condizione di ammissibilità della domanda prevista nella lettera c) del comma 8, dell'art. 140-septies cod. cons. può acquisire, è quello per cui la previsione normativa assicura la misura minima necessaria (e sufficiente) di rilevanza individuale nella dinamica processuale di tipo rappresentativo destinata alla compensazione¹³.

Il riferimento all'omogeneità dei diritti individuali per cui è richiesta l'adozione dei provvedimenti compensativi previsti dall'articolo 140-novies, cod. cons. garantisce che la lesione dell'interesse collettivo corrisponda, nella concreta vicenda individuale di consumo, alla lesione di un diritto soggettivo. Quest'ultimo, infatti, continua ad essere il fondamento ed il limite della rilevanza individuale del provvedimento compensativo chiesto ed ottenuto attraverso l'azione rappresentativa. La tutela del diritto soggettivo resta lo scopo e la ragione che giustifica il mezzo processuale (l'azione rappresentativa con *petitum* compensativo).

La "similarità delle pretese individuali"¹⁴ che alcuni legislatori nazionali hanno scelto di utilizzare in forma di condizione di ammissibilità della domanda giudiziale – quello italiano attraverso la "omogeneità dei diritti individuali"¹⁵ – viene mobilitata come criterio di qualificazione (conformazione) giuridica del rapporto tra astratto e concreto.

¹² Ma v. per una diversa percezione CAMILLERI, *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali: spunti dall'arrêt repsol*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 437 ss.

¹³ Cfr. GABELLINI, *Azione di classe e giustizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 143 ss.

¹⁴ Così il considerando n. 12 della Direttiva 2020/1828.

¹⁵ Si v. altresì il § 15 del *Verbraucherrecht durchsetzungsgesetz – VduG* che prevede la *Gleichartigkeit der Verbraucheransprüche* solo per le *Abhilfeklage*, non per le *Musterfeststellungsklage* (§ 41 ss.); tale condizione di ammissibilità non è prevista neppure nel *Gesetz über Unterlassungsklage* (UKlaG).

Rapporto che, nell'esercizio della giurisdizione, si manifesta mediante la complementare combinazione tra collettivo (azione rappresentativa) e individuale (provvedimento compensativo richiesto)¹⁶. La formula fissa una 'misura della giurisdizione': il giudice, nel complesso controllo di ammissibilità dell'azione, non può oltrepassare questo limite (l'omogeneità dei diritti) dell'astrazione dalle singole vicende individuali – si pensi, ad esempio, all'irrilevanza della prescrizione di una singola pretesa individuale ai fini dell'ammissibilità di un'azione rappresentativa con *petitum* compensativo. Non può superare, detto in altri termini, il limite dell'*eguaglianza formale* delle ragioni che giustificano, in astratto, le pretese individuali¹⁷.

Tuttavia, quando l'azione rappresentativa non è promossa per chiedere un provvedimento compensativo, bensì per ottenere un provvedimento inibitorio, non rileva l'omogeneità dei diritti individuali. La condizione di ammissibilità è riconosciuta solo in relazione ai provvedimenti compensativi¹⁸.

È a tal riguardo che l'attenta lettura della sentenza resa dal giudice europeo e delle conclusioni dell'avvocata generale deve resistere alla tentazione di superficiali suggestioni. Nella motivazione, il riferimento allo stesso settore economico dei professionisti che utilizzano o raccomandano l'impiego delle medesime clausole contrattuali o di clausole contrattuali simili, non richiama né evoca in alcun modo l'omogeneità dei diritti individuali ex art. 140-septies, comma 8, lett. c), cod. cons.

L'art. 7 della direttiva 93/13, nell'interpretazione accolta dal giudice europeo e sostenuta anche dall'avvocata generale, si limita ad individuare due condizioni di fatto necessarie per l'esercizio dell'azione collettiva inibitoria. In particolare, a voler riproporre il senso dell'argomentazione in termini di diritto processuale italiano, l'omogeneità delle *circostanze di fatto* – non dei diritti individuali dei consumatori – individuate dal riferimento allo stesso settore economico dei professionisti convenuti ed alle clausole identiche o almeno simili assicura il carattere unitario della *causa petendi* in relazione all'allegazione dei fatti (arg. ex art. 163, n. 4 c.p.c.) che solo le parti possono introdurre nel giudizio (arg. ex art. 115 c.p.c.).

Un esito ermeneutico, quello raggiunto dal giudice europeo, necessario per escludere la rilevanza di circostanze di fatto diverse ai fini dell'esperibilità dell'azione ed in particolare per escludere che il numero elevato dei convenuti, dei contratti conclusi nel corso di un lungo periodo di tempo e delle molteplici formulazioni delle clausole, potesse impedire il controllo di trasparenza attraverso l'azione inibitoria collettiva.

¹⁶ Si v. per alcuni preziosi spunti di riflessione DE CRISTOFARO, *Le "azioni rappresentative" di cui agli artt. 140- ter ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840- bis ss. c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 1 ss.

¹⁷ Si v., ma solo per alcuni spunti, TISCINI, *Funzione sociale del processo civile e uguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 601 ss.

¹⁸ Cfr. per alcuni spunti MARTINO, *Sulla difficile convivenza tra le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e le azioni collettive ex artt. 840- bis e ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 1222 ss.

5. Interesse collettivo e azione inibitoria

L'azione rappresentativa di tipo inibitorio – a differenza di quella con *petitum* compensativo – non *presuppone* un diritto soggettivo ed è funzionale, invece, alla costruzione, al riconoscimento, di una situazione soggettiva meritevole di protezione. L'interesse collettivo dei consumatori, inteso come situazione soggettiva *protetta*, emerge nella concreta esperienza *solo* attraverso l'azione inibitoria. L'azione individuale che attiva il controllo della clausola predisposta dal professionista, tutela invece un diritto soggettivo già riconosciuto e protetto nel sistema del diritto dei consumatori (arg. ex art. 2, comma 2, lett. e cod. cons., ed ex art. 143 cod. cons.)¹⁹.

In tale direzione di analisi, la funzione normativa (sostanziale, non processuale) ancora attuale dell'art. 37 cod. cons. non è diversa da quella di altre norme che pure tipizzano azioni inibitorie collettive: a titolo esemplificativo, l'art. 28 st. lav.; l'art. 2601 c.c., le diverse ipotesi di discriminazione collettiva²⁰. La norma riconosce non solo alle associazioni dei consumatori, ma anche alle associazioni di professionisti, il potere di attivare un rimedio che *rende rilevante* un interesse che potrebbe essere protetto solo come diritto soggettivo attraverso un'azione individuale²¹. Il legislatore costruisce un tipo rimediale, che si manifesta nella concreta esperienza come autonoma *causa petendi*. Infatti, a voler riflettere in termini generali, l'accertamento della vessatorietà della clausola (*petitum*) potrebbe essere chiesto sia in sede di giudizio individuale ex art. 36 cod. cons. sia, in base all'art. 37 cod. cons., attraverso l'azione inibitoria collettiva: in entrambi i casi l'interesse è protetto con la rimozione della clausola abusiva dal regolamento contrattuale. Solo nella prima ipotesi, tuttavia, l'azione è funzionale alla tutela di un diritto soggettivo già riconosciuto dal legislatore. Dunque, alla diversa *causa petendi* corrisponde un identico *petitum*.

Il discorso raggiunge così il senso tecnico e concreto, in termini di effettività della tutela del consumatore, della 'relazione di complementarità tra azione individuale ed azione collettiva. L'esito che il legislatore europeo ha inteso raggiungere con l'art. 6 della direttiva 93/13, ossia che "le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore", deve essere garantito anche quando il singolo consumatore si limiti a subire o decida di subire la clausola

¹⁹ Occorre sottolineare a riguardo che la nullità prevista dall'art. 143 cod. cons. non è riconducibile alla categoria della nullità di protezione ex art. 36 cod. cons., Quest'ultima continua ad essere accolta e configurata come eccezione rispetto alla nullità ex art. 1418 c.c. cui, invece, è da ricondurre il rimedio ex art. 143 cod. cons. Cfr. TAKANEN, *La nullità di protezione, riequilibrio del contratto e autonomia contrattuale*, in *I Contratti*, 2024, 543 ss. Si v. inoltre ALBANESE, *L'asimmetria informativa nel trading on line, tra nullità di protezione e teoria generale del contratto*, in *Giur. comm.*, 2024, 393 ss.

²⁰ Su cui v. RAZZOLINI, *La discriminazione collettiva di genere nel processo*, in *Lavoro e diritto*, 2024, 231 ss.

²¹ Cfr. in generale VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, 63 ss.; TISCINI, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 331 ss. (341 s.).

abusiva. L'inibitoria collettiva, a riguardo, svolge una 'funzione sindacale' che rivela, da un lato, un preciso contenuto regolatorio: quello di garantire le condizioni di efficienza normativa – non certo economica – dello scambio e, quindi, di promuovere la dinamica concorrenziale del mercato proteggendo la libertà di autodeterminazione della persona nella scelta di consumo. Dall'altro, un contenuto compensativo che si manifesta *anche* nella singola vicenda negoziale: il provvedimento che inibisce l'uso delle condizioni (generalmente) di cui sia accertata l'abusività incide sulla contrattazione e sul contratto (già concluso). Senza tuttavia impedire, nei limiti del comma 2 dell'art. 36 cod. cons. e dell'art. 143 cod. cons., all'autonomia privata di raggiungere un esito individuale diverso attraverso la trattativa.

6. Contenuto dell'obbligo di trasparenza e *causa petendi*

Con specifico riguardo al controllo di trasparenza, il giudice europeo era chiamato a verificare la configurabilità di un'azione inibitoria collettiva. In assenza di precedenti in termini, occorreva in particolare stabilire se il contenuto dell'obbligo di trasparenza accolto nella disciplina europea delle clausole abusive disponesse di elementi di oggettività sufficienti al fine di un adeguato controllo attraverso la tecnica processuale dell'azione inibitoria²².

L'interesse collettivo alla trasparenza dei rapporti contrattuali può essere *rappresentato* nel processo attraverso un'azione inibitoria solo se sia possibile raccogliere ed organizzare in *causa petendi* un contenuto oggettivo della trasparenza in senso formale e sostanziale, ossia un contenuto emancipato dal singolo contratto e dalle circostanze di fatto che hanno accolto ed accompagnato la sua conclusione.

In tale direzione di analisi l'argomentazione elaborata dal giudice europeo ricostruisce la connotazione oggettiva della trasparenza a cominciare dalla sua estensione applicativa, ossia dalla considerazione della sua rilevanza nel sistema di tutela del consumatore costruito con la direttiva sulle clausole abusive. Un'operazione ermeneutica, quest'ultima, che coinvolge in primo luogo il contenuto del dovere, e poi si sofferma sul suo funzionamento processuale.

La trasparenza, sia quella formale sia quella sostanziale, viene accolta nel sistema della direttiva 93/13 come requisito di legalità delle clausole proposte al consumatore per iscritto (arg. ex art. 5 e, per il diritto italiano, art. 35 cod. cons.). Dunque, come regola conformativa dell'autonomia privata che rileva nei giudizi ex art. 33, comma 1, e 36 cod. cons. anche quando il controllo sul contenuto della clausola non riveli o non escluda un significativo squilibrio di diritti e di obblighi.²³ Il giudice, quindi, deve utilizzare l'adempimento dell'obbligo di trasparenza (e l'onere di conoscenza e di comprensione del con-

²² Sul dovere di trasparenza cfr. in generale BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, 3ª ed., Milano, 2024, 173 ss., 187 ss., e 316 ss.

²³ Ma cfr. Cass. 31 agosto 2021, n. 23655, in *Foro it.*, 2022, 1, I, c. 277 ss.

sumatore²⁴) come criterio di giudizio per il controllo sulla *costruzione* del regolamento contrattuale (arg. ex art. 1341 c.c.), nello stesso modo e nella stessa misura in cui lo può utilizzare per il controllo sul *contenuto* del regolamento contrattuale. Controllo, quest'ultimo, che riesce a raggiungere persino le clausole essenziali ex art. 34 comma 2 cod. cons. (art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13).

Ricostruita "la portata dell'obbligo"²⁵, l'argomentazione si sofferma sulle tecniche processuali funzionali all'attuazione della tutela giurisdizionale del consumatore, ossia sul modo processuale dell'applicazione del dovere.

A tal riguardo emerge, in maniera troppo sbrigativa nella sentenza ma in termini più analitici nelle conclusioni dell'avvocata generale, il complesso problema della relazione tra obbligo di trasparenza e processo.

Di tale problema, il senso tecnico si risolve nell'affermazione, o nella negazione, di una necessaria relazione strutturale e funzionale tra azione individuale e controllo di trasparenza. Se la tutela giurisdizionale del consumatore in relazione al dovere di trasparenza è condizionata dall'accertamento delle circostanze del caso concreto; se, in altri termini, il *sapere* può incidere sul *potere* solo nel contesto relazionale circoscritto alla singola vicenda di trasmissione e di comprensione del contenuto informativo; dunque, in sostanza, se il livello di protezione garantito attraverso l'obbligo di trasparenza si manifesta nella concreta esperienza giuridica solo e sempre come protezione della *persona fisica* che consuma, allora (e solo allora) l'interprete dovrà riconoscere una necessaria ed esclusiva connessione strutturale e funzionale tra azione individuale e controllo di trasparenza.

7. La rilevanza rimediale della contrattazione distributiva

Il discorso da svolgere si occuperà del consumatore medio come criterio di valutazione della trasparenza di una clausola contrattuale, predisposta dal professionista per un uso uniforme nella distribuzione, riconosciuto ormai in maniera costante dal giudice europeo. Un indice, questo, che già rileva, ed in maniera significativa, per individuare la connotazione 'metaindividuale' del dovere di trasparenza. Adesso però interessa sottolineare come dalla vicenda giudiziale europea emerga un indice normativo di fonte legale che esclude una esclusiva relazione strutturale e funzionale tra azione individuale e controllo di trasparenza.

Il senso del discorso, a voler utilizzare il modello normativo di attuazione dell'art. 5 della direttiva 93/13 offerto dall'art. 35 cod. cons. in relazione anche all'art. 34, comma 1, cod. cons., è racchiuso nel contenuto e nell'estensione della eccezione prevista nel comma 3 dell'art. 35.

²⁴ È questo un tema che verrà trattato in seguito e con riguardo al consumatore medio.

²⁵ Punto 35 della Sentenza.

La regola per cui, in caso di dubbio sul senso da attribuire ad una clausola (alla stregua del criterio del consumatore medio, non in assoluto), la prevalenza dell'interpretazione favorevole al consumatore non rileva ai fini dell'azione inibitoria ex art. 37 cod. cons., affida all'interprete un'eccedenza di senso normativo da custodire e rispettare nei processi ermeneutici anche in conformità all'art. 4, paragrafo 1 della direttiva 93/13²⁶.

Tale regola, di cui il valore sistematico è ancora troppo sottovalutata persino nelle più attente e sofisticate riflessioni sull'interpretazione dei contratti del consumatore, dimostra tra l'altro che il controllo di trasparenza, come controllo di legalità della clausola contrattuale predisposta e standardizzata, può essere attivato anche attraverso un'azione collettiva²⁷.

Il giudizio di vessatorietà, quello che deriva dalla violazione dell'obbligo di trasparenza, quando viene attivato dall'azione inibitoria deve rimanere indifferente all'interpretazione più favorevole al consumatore proprio perché *astratto* dalle circostanze della singola vicenda negoziale. Un esito, questo, confermato per altro dalla considerazione della natura preventiva dell'azione inibitoria che incide sulla contrattazione futura oltre che sui contratti già conclusi.

Detto in altri termini, il giudice può valutare la clausola predisposta dal professionista anche solo come antecedente che organizza la contrattazione distributiva uniforme, senza coinvolgere nella valutazione gli elementi di fatto e le situazioni personali del singolo consumatore che specificano e individuano la vicenda individuale di consumo.

In tale direzione di analisi, quella della tutela giurisdizionale del sapere come condizione di effettività della libertà (capacità) di autodeterminazione della persona fisica che agisce come consumatore, l'operazione ermeneutica del giudice europeo sollecita una riflessione sistematica che coinvolge le azioni rappresentative a contenuto inibitorio nell'attuazione del principio generale di trasparenza, ma senza limitarsi a riconoscere la possibilità giuridica del controllo di trasparenza.

In realtà la tecnica processuale rivela un contenuto sostanziale di tutela giurisdizionale che l'interprete deve elaborare anche in termini di rilevanza giuridica della vicenda negoziale. L'azione inibitoria collettiva, funzionale al controllo di trasparenza della clausola di tasso minimo come di altre clausole predisposte dal professionista per essere utilizzate in maniera sistematica ed uniforme, riconosce rilevanza giuridica rimediabile delle pratiche precontrattuali e contrattuali proposte ai consumatori.

Attraverso l'interesse collettivo tipizzato dall'art. 37 cod. cons. (art. 7 della Direttiva 93/13) come meritevole di protezione, il funzionamento rimediabile del principio generale di trasparenza estende la tutela giurisdizionale del consumatore a fatti negoziali che,

²⁶ Si v. in generale PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 291 ss.

²⁷ Cfr. LAMORGESE, *Clausole abusive e criteri di rilevazione: un itinerario giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 509 ss.; BATTELLI, *Interpretatio contra proferentem e trasparenza contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, 194 ss. PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, 651 ss.

nella concreta esperienza, si manifestano come pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ossia azioni destinate non solo alla promozione, ma anche alla vendita o alla fornitura di prodotti (beni o servizi) ai consumatori (arg. ex art. 18, lett. d, cod. cons.).

Un'impostazione che conferma, tra l'altro, la necessità tecnica e culturale di abbandonare atteggiamenti ermeneutici inclini a sottovalutare o ad ignorare la rilevanza, ai fini della qualificazione giuridica, delle pratiche commerciali destinate alla contrattazione: interpretazioni delle pratiche commerciali che immaginano l'esclusivo primato della pubblicità e, più in generale, della promozione.

8. (Segue) le pratiche precontrattuali e contrattuali

Nel caso concreto, il controllo di trasparenza della clausola che fissa la remunerazione minima del servizio di finanziamento erogato dal mutuante è subordinato al riconoscimento della rilevanza di *fatti distributivi* di natura negoziale, le pratiche precontrattuali (a contenuto promozionale) e contrattuali, ad organizzare la *causa petendi* dell'azione inibitoria rappresentativa dell'interesse collettivo tipizzato come rilevante dall'art. 37 cod. cons.

In sostanza: il controllo di trasparenza formale e sostanziale, esercitato mediante l'azione inibitoria collettiva, acquisisce alla tutela giurisdizionale dei consumatori il contenuto informativo precontrattuale (arg. ex artt. 48 e ss. cod. cons.) elaborato e diffuso con uniformi modelli di contrattazione, ossia attraverso pratiche commerciali che il professionista organizza ed attiva per proporre contratti di finanziamento (contratti di mutuo) ai consumatori e che si manifestano nella dinamica del mercato in forma di contenuti informativi uniformi²⁸.

A tal riguardo il giudice europeo, in accoglimento delle argomentazioni elaborate dall'avvocata generale, individua le pratiche precontrattuali e contrattuali utilizzate dal professionista in maniera uniforme nella promozione e nell'offerta del servizio di finanziamento, che rilevano ai fini del controllo di trasparenza attivato con l'azione inibitoria collettiva. In particolare, il giudice nazionale dovrà valutare la "(...) redazione di detta clausola e il posizionamento di quest'ultima nei contratti tipo utilizzati da ciascun professionista, la pubblicità che è stata fatta dei tipi di contratti oggetto dell'azione collettiva, la diffusione delle offerte precontrattuali generalizzate rivolte ai consumatori nonché ogni altra circostanza che detto giudice ritenga rilevante al fine di esercitare il suo controllo per quanto concerne ciascuno dei convenuti"²⁹.

Tra queste ultime, particolare rilevanza assume anche la durata del contratto. Soprattutto quando, come avviene assai spesso nella concreta esperienza, il tempo del con-

²⁸ Si v. in generale BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 927 ss.

²⁹ Si v. il punto n. 41 della Sentenza.

tratto di mutuo è destinato ad accompagnare, a volte persino ad imprigionare, larga parte del tempo della *vita* del consumatore.

In tali ipotesi, il principio di trasparenza e la relativa tutela giurisdizionale garantiscono la effettiva consapevolezza (programmatica), da parte del consumatore, della reale incidenza diacronica *del contenuto* economico e finanziario racchiuso, tra l'altro, nella clausola di tasso minimo *sulla libertà* e dignità dell'esistenza e, quindi, sul futuro sviluppo della persona (arg. ex art. 2 e 36 Cost. e art. 38 Carta di Nizza).

La relazione sistematica tra azione inibitoria rappresentativa funzionale al controllo di trasparenza del modello standardizzato di contrattazione, dunque dell'*attività* destinata al *contratto* di vendita o di fornitura del prodotto, e disciplina delle pratiche commerciali scorrette potrebbe suggerire utili riflessioni in relazione all'applicazione del comma 15-bis, dell'art. 27 cod. cons. ai fini della rilevanza rimediabile individuale dell'accertamento della vessatorietà della clausola per violazione dell'obbligo di trasparenza effettuato dal giudice in sede di azione inibitoria rappresentativa.

Potrebbe, altresì, confermare, ancora una volta, la necessità di emancipare la riflessione sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ed in particolare della clausola generale contenuta nel comma 2 dell'art. 20 cod. cons., da ermeneutiche restrittive che, nel segno di una scelta solo ideologica dell'interprete, tentano di delegittimare, anche in tale direzione di analisi, la funzione regolatoria del diritto privato³⁰.

Tuttavia, adesso, è necessario insistere sul valore sistematico generato, non solo acquisito, dalla sentenza resa dal Giudice europeo.

9. Il controllo di trasparenza della contrattazione come esito sistematico

Il controllo di trasparenza formale e sostanziale dei fatti negoziali con funzione distributiva, oltre che attraverso un'azione individuale ex art. 840-sexiesdecies c.p.c., può essere attivato con un'azione inibitoria rappresentativa tipizzata – con riguardo all'interesse collettivo protetto – dall'art. 37 cod. cons. che, dopo l'attuazione della direttiva 2020/1828, individua il fondamento *sostanziale* dell'azione. La disciplina *processuale* dell'azione, invece, è quella prevista negli artt. 140-ter ss. cod. cons.

Quanto invece al concreto funzionamento del giudizio, e quindi ai fini della qualificazione giuridica dei fatti distributivi, il giudice applicherà la clausola generale ex art. 20, comma 2, cod. cons. Un esito, quest'ultimo, che coincide con quello indicato dal giudice spagnolo nell'elaborazione delle ragioni della prima questione pregiudiziale, ed in sostanza accolto e condiviso dal giudice europeo. In particolare, il riferimento era alle

³⁰ Paradigmatico in tal senso LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, 73 ss.; ma cfr. anche DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 1113 ss.; GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, 778).

pratiche distributive che presentano la clausola di tasso minimo assieme a informazioni estranee al prezzo del contratto, o assieme a informazioni secondarie potenzialmente in grado di abbassare il prezzo, producendo l'apparenza che la clausola sia soggetta a determinate condizioni o criteri che ne renderanno difficile l'applicazione nella pratica. Erano altresì menzionate le pratiche che collocano la clausola a metà o alla fine di paragrafi lunghi, che iniziano col trattare altri elementi, di modo che l'attenzione del consumatore medio sia distratta; e, ancora, la presentazione della clausola di tasso minimo abbinata con il patto di limitazione al rialzo (clausola *cap*), di modo che l'attenzione del consumatore si concentri sull'apparente sicurezza di beneficiare di un tetto massimo rispetto all'ipotetico aumento dell'indice di riferimento, in tal modo sviando l'attenzione dall'importanza della soglia minima.

In sostanza: fatti negoziali idonei a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio destinatario dell'azione distributiva.

Il controllo di trasparenza della contrattazione uniforme, ossia dell'attività precontrattuale e contrattuale che accompagna e sollecita la conclusione del contratto, si manifesta, dunque, nella concreta dinamica giuridica come esito sistematico.

Il principio generale di trasparenza, quello che indentifica il contenuto (uno dei contenuti) dell'interesse collettivo tipizzato come rilevante *ex art. 37 cod. cons.*, organizza la *causa petendi* di un'azione inibitoria rappresentativa. Tale azione, attraverso il controllo del "modello standard" di contrattazione, impedisce l'utilizzazione delle clausole – quelle predisposte dal professionista per costruire in maniera uniforme il contenuto del regolamento contrattuale necessario per la vendita o la fornitura del prodotto – di cui viene accertato il carattere abusivo *ex art. 20, comma 2 cod. cons.* Dunque, senza la necessità dell'accertamento – o dell'esclusione – di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (già) concluso tra professionista e consumatore. Accertamento che resta, tuttavia, possibile *ex art. 33, comma 1 cod. cons.*

Il fondamento sostanziale dell'attivazione dei rimedi risarcitori o restitutori individuali è offerto invece dal comma 15-*bis* dell'art. 27 cod. cons.

10. Il criterio di controllo della trasparenza: il consumatore medio

Nella soluzione della seconda questione pregiudiziale³¹, il controllo giurisdizionale astratto delle clausole di tasso minimo effettuato alla stregua del principio di trasparenza formale e sostanziale viene analizzato in relazione alla congruità del criterio di va-

³¹ "Se sia compatibile con gli articoli 4, paragrafo 2, e 7, paragrafo 3, della direttiva [93/13] la possibilità di effettuare un controllo astratto di trasparenza dal punto di vista del consumatore medio qualora varie offerte di contratti siano rivolte a diversi gruppi specifici di consumatori, o in presenza di numerosi enti che predispongono le clausole, operanti in settori di attività molto vari dal punto di vista economico e geografico, per un periodo molto lungo nel corso del quale la conoscenza di tali clausole da parte del pubblico si è andata evolvendo".

lutazione del consumatore medio e, altresì, nella consapevolezza, assai rilevante ai fini della decisione del caso concreto, del valore condizionante riconosciuto al principio di trasparenza ai fini del controllo giurisdizionale sulle clausole essenziali (arg. ex art. 4, paragrafo 2 direttiva 93/13; art. 34, comma 2 cod. cons.)³².

In particolare, la ragione ed il senso del problema giuridico traevano origine e giustificazione dalla complessità soggettiva ed oggettiva dell'azione collettiva. Il giudice nazionale dubitava della possibilità di utilizzare un criterio uniforme, dunque oggettivo, di valutazione: quello costruito attraverso il riferimento al consumatore "normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto".

A bene vedere, una diversa conformazione epistemologica della dialettica tra valutazione in astratto e valutazione in concreto che già caratterizzava la trattazione della prima questione pregiudiziale; un modo di conoscere e di analizzare i *fatti* posti dall'attore a fondamento della domanda che considera la loro estensione, la loro rilevanza quantitativa.

Il discorso svolto ha già accennato alla dimensione della vicenda processuale; adesso è necessario solo sottolineare, a riguardo, la significativa differenza tra i vari contenuti dedotti nella contrattazione per modelli omogenei in ragione della causa in concreto dei numerosi contratti proposti o conclusi, da un lato, e le differenze in ragione di età e di competenze specifiche dei tanti consumatori coinvolti, dall'altro.

Queste ultime, in realtà, superate solo in parte attraverso il riferimento, insistito dal giudice europeo, alla nozione legale di consumatore e, quindi, nella direzione ermeneutica dell'irrelevanza della qualificazione professionale della persona fisica che agisce come consumatore (arg. ex art. 2, lett. b della direttiva 93/13).

La questione relativa al criterio di valutazione del consumatore medio viene analizzata utilizzando un modello argomentativo organizzato secondo due direzioni: quella della legittimità e quella della conformazione applicativa³³.

Con riguardo alla legittimità del ricorso al consumatore medio per effettuare il controllo di trasparenza anche sostanziale, ossia per verificare la effettiva possibilità per il consumatore di comprendere e valutare il funzionamento della clausola e le sue conseguenze, la motivazione si limita a menzionare la costante giurisprudenza europea in tal senso.

Il riferimento alla giurisprudenza consolidata in relazione (solo) a giudizi individuali, non collettivi, rivela all'osservatore il senso di una questione dogmatica eccedente i limiti della motivazione della sentenza, ma di significativo rilievo. Il ricorso al consumatore medio, un parametro di valutazione che il legislatore europeo utilizza nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, nei giudizi individuali in cui viene effettuato

³² Sul concetto di consumatore medio e sulla sua funzione v. in generale BARBA, *Capacità e funzionamento*, cit., 277 ss.

³³ Cfr. invece, per la più tradizionale impostazione del tema, PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, 1 ss.; VENCHIARUTTI, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile in ragione dell'età*, in *Contr. impr.*, 2024, 656 ss.

il controllo di trasparenza delle clausole predisposte dal professionista dimostra la rilevanza sistematica di tale concetto normativo (consumatore medio) e, con questa, una scelta di politica dei diritti dei consumatori su cui occorrerà ritornare in seguito.

Adesso è necessario solo limitarsi a sottolineare come la legittimità del ricorso a tale parametro di valutazione, riconosciuta dal giudice europeo, sia l'indice e l'esito del significato e della rilevanza di un unitario principio di razionalità ordinante che include sia i giudizi individuali sia quelli collettivi. Detto in altri termini: il parametro del consumatore medio garantisce la misura di astrazione (oggettività) che è necessaria *persino* nei giudizi individuali per garantire un livello di protezione dei consumatori elevato ma compatibile con la dinamica del mercato concorrenziale caratterizzata da forte competitività (arg. ex art. 38 Carta di Nizza e art. 2 TUE). Tale principio di razionalità ordinante legittima, in termini di analisi sistematica, il ricorso al criterio del consumatore medio *anche* nei giudizi rappresentativi a contenuto inibitorio e/o a contenuto compensativo.

11. (Segue) la conformazione applicativa del parametro

Quanto invece alla conformazione applicativa del criterio di valutazione, la motivazione insiste sulla irrilevanza delle caratteristiche individuali del consumatore e, in particolare, sull'estraneità alla valutazione di trasparenza delle conoscenze specifiche di cui alcune categorie di consumatori potrebbero essere dotate in ragione della loro professione³⁴. Una considerazione, quest'ultima, che viene estesa anche all'età del consumatore ed alle circostanze specifiche connesse alla causa concreta del contratto di finanziamento³⁵.

In sostanza, sia con riguardo alla legittimità sia con riguardo alla conformazione applicativa, il parametro del consumatore medio garantisce al controllo giurisdizionale di trasparenza la conformazione oggettiva necessaria al contemperamento tra solidarietà ed efficienza della dinamica concorrenziale che caratterizza l'economia sociale di mercato.

Necessità che, nei giudizi individuali ha *solo* una connotazione teleologica in relazione al principio di proporzionalità della protezione del consumatore; e nei giudizi rappresentativi, invece, ha *anche* una connotazione empirica: quella dell'impossibilità in concreto di tener conto delle percezioni individuali ancorché attraverso la riconduzione dei consumatori da proteggere a tipologie organizzate in più circoscritte categorie.

³⁴ Un tema che può essere meditato anche nella direzione di analisi del consumatore c.d. di rimbalzo, su cui v. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 688 ss.

³⁵ Cfr. il punto n. 51 della Sentenza.

Le due direzioni argomentative traggono ragione di giustificazione tecnica dalla circostanza che il consumatore medio, inteso come “virtuale consumatore tipico”³⁶, attiva nel sistema del diritto dei consumatori una “finzione giuridica”³⁷.

Quest’ultima formula, in particolare, deve essere accolta e meditata dall’osservatore nella consapevolezza del suo effettivo significato³⁸. Con riguardo al consumatore medio, la finzione giuridica non dissimula l’oggettiva impossibilità di accertare il fatto storico, né la necessità di imporre una realtà giuridica divergente da quella naturale; si manifesta e funziona come tecnica giuridica, come espediente logico, necessario o persino indispensabile per realizzare interessi privati riconosciuti come meritevoli di tutela e, in particolare, per l’applicazione delle discipline funzionali alla tutela del consumatore nella misura dei principi di effettività e di proporzionalità.

La logica che caratterizza il parametro del consumatore medio è costruita *sull’inferenza sociale*, non *sull’inferenza statistica*, ed è funzionale alla comprensione dei processi epistemologici e cognitivi che orientano il comportamento economico del consumatore. In tal modo, il riferimento all’unico consumatore virtuale, attraverso la tecnica della finzione giuridica, assicura al giudice nazionale i margini di prossimità alla specifica realtà sociale che sono necessari per adeguare il parametro di giudizio alla concreta situazione di mercato. Un esito, quest’ultimo, che restituisce al parametro di valutazione contenuti di ragionevolezza, in termini di eguaglianza sostanziale, che escludono le insidie generate dal primato esclusivo dell’eguaglianza formale. Una direzione ermeneutica equipollente, e per certi aspetti collegata, all’evoluzione scandita dal progressivo superamento della risalente, ma ancora troppo diffusa, concezione del consumatore come soggetto afflitto da una debolezza *strutturale*, nel segno del riconoscimento, invece, della sua *debolezza situazionale*.

In tal modo, il dispositivo logico della finzione giuridica ha legittimato ermeneutiche inclusive degli esiti raggiunti dalla teoria economica della “razionalità limitata”, secondo la quale la *capacità* decisionale di un consumatore risente dei limiti delle attitudini cognitive di chi deve prendere la decisione rispetto ad numero elevato di sollecitazioni ricevute, alla capacità di mantenere nel tempo la propria attenzione e alla capacità di conservare la memoria di tutte le informazioni ricevute³⁹.

Nondimeno, nella sentenza che si sta esaminando, il dispositivo logico della finzione giuridica riesce a rispettare la connotazione dinamica del consumatore medio. In particolare, a riconoscere al giudice nazionale la possibilità di includere nella valutazione di trasparenza formale e sostanziale l’evoluzione nel tempo della percezione tipica del consumatore medio. Detto in altri termini: il parametro del consumatore medio garantisce

³⁶ Considerando n. 18 direttiva 2005/29

³⁷ Così nel punto 52 della Sentenza.

³⁸ Cfr. a riguardo RESCIGNO, *Le finzioni del diritto privato*, in *Contr. impr.*, 2002, 585 ss.

³⁹ Si v. Corte giust. C-646/22; cfr. TRUBIANI, *Le incerte sorti del “consumatore medio” tra condizionamenti cognitivi e nuove aperture della giurisprudenza*, in *Accademia*, 2023, 101; BACCIARDI, *Lo standard del consumatore medio tra homo oeconomicus e homo heuristicus*, in *Accademia*, 2023, 77.

la rilevanza, nei limiti legali del riferimento al momento della conclusione del contratto, di fatti oggettivi, come, ad esempio, una nota sentenza o una sopravvenienza economico-finanziaria o solo normativa che è penetrata e si è diffusa nel discorso pubblico, che hanno inciso sui processi sociali che orientano la percezione o la comprensione del contenuto della contrattazione per modelli omogenei o della clausola del contratto già concluso⁴⁰.

12. La funzione del consumatore medio

Il discorso svolto ha accennato alla finalità di politica dei diritti che organizza in unità razionale le discipline di protezione dei consumatori e che viene realizzata, tra l'altro, attraverso la categoria sistematica del consumatore medio.

È opportuno chiarire, in conclusione, il senso di quel riferimento anche per sottolineare come, nel discorso critico sul diritto dei consumatori, il significato e soprattutto il valore del sistema non è racchiuso, o imprigionato, nell'idea e nella forma della codificazione.

Si tratta di ricondurre il parametro del consumatore medio alla regolazione del mercato, ed in particolare di ricondurre il valore sistematico della formula, e della modalità logica che ne caratterizza e ne consente il funzionamento, alla dinamica concorrenziale generata e sostenuta dalla conflittuale relazione tra attività di impresa e attività di consumo.

La tecnica regolatoria del consumatore medio realizza il valore giuridico della capacità di autodeterminazione al consumo in quanto oggettivizza e rende uniforme, nel segno dell'*indisponibilità*, una misura di autoresponsabilità. Vuol dirsi di un criterio di allocazione del *rischio di consumo* che giustifica la natura economica dell'attività e, con questa, la rilevanza giuridica dell'attività di consumo nella costruzione del mercato interno.

La pratica commerciale (non solo quella) che si manifesta attraverso la contrattazione per modelli omogenei, in quanto "diretta" al consumatore medio assume una direzione di senso economico che muove dal professionista: la pratica commerciale rileva, infatti, in ragione del fatto che si rivolge al consumatore, ma non è sollecitata dal consumatore.

In tale direzione di analisi, l'osservatore può rintracciare il rischio distributivo assunto dall'impresa.

Nondimeno, la tecnica regolatoria del consumatore medio rende visibile una misura di rischio di consumo indisponibile che viene individuata dal legislatore e dal giudice europeo, ma concretizzata dal giudice nazionale; non solo nelle tipologie e nelle ipotesi tipiche di pratiche commerciali ingannevoli o aggressive, ma anche in quelle che la clausola generale *ex art. 20, comma 2, cod. cons.*, mediante la valutazione del singolo caso o attraverso le azioni rappresentative, riesce a rintracciare nella concreta esperienza.

⁴⁰ Si v. il punto n. 56 della Sentenza.

13. Rischio indisponibile ed imputazione della scelta individuale

L'indisponibilità del minimo rischio di consumo non si limita a *giustificare ed a circoscrivere* la rilevanza del consumo come attività economica e, dunque, la sua protezione come valore giuridico funzionale all'efficienza normativa del mercato⁴¹. Rivela, altresì, un'ulteriore attitudine sistematica con riguardo all'autonomia del *valore* giuridico riconosciuto alla capacità di assumere una decisione di consumo consapevole rispetto al *fatto concreto* di manifestazione di volontà di consumo.

La tecnica regolatoria ed il contenuto che il parametro del consumatore medio accoglie confermano, con maggiore evidenza nelle azioni rappresentative ma anche nei giudizi individuali, l'autonoma rilevanza dell'autoresponsabilità – quale connotazione funzionale del fatto – dall'imputazione, ossia da un profilo strutturale del fatto.

L'imputazione del fatto di consumo (la decisione negoziale), attribuisce alla persona fisica il rischio di consumo che la *regola conformativa dell'attività economica di consumo* ha già riconosciuto come valore giuridico. L'imputazione, ai fini che adesso interessano, è solo uno dei criteri che riconducono il fatto al valore giuridico *antecedente*.

In realtà, attraverso il controllo di trasparenza delle pratiche commerciali che si manifestano in forma di contrattazione per modelli omogenei, il valore giuridico dell'attività di consumo riesce a manifestarsi nella dinamica giuridica generata dall'azione inibitoria collettiva anche come autonomo oggetto di protezione. In altri termini la rilevanza giuridica (con funzione regolatoria) dell'attività di consumo *non è subordinata all'imputazione del fatto*.

Il valore economico dell'attività di consumo, lo si accennava già prima e adesso occorre insistere, costituisce non solo il fondamento, ma anche il *limite* del suo valore giuridico e rivela il significato più intimo e reale, in termini di analisi tecnica, della dialettica tra valutazione in concreto e valutazione in astratto.

Il corretto funzionamento del mercato realizzato dal legislatore europeo mediante un elevato livello di protezione del consumatore dalle pratiche distributive, non si accontenta della diligenza professionale dell'impresa nell'adempimento dell'obbligo di informare attraverso la diffusione di contenuti 'trasparenti'; richiede *altresì* la misura minima ed indisponibile di rischio di consumo generata dall'autoresponsabilità.

L'*indisponibilità*, dunque, non l'*imputazione*, circoscrive la rilevanza giuridica del valore economico che l'attitudine alla consapevole decisione di consumo riesce a generare in termini di efficienza del mercato concorrenziale. Il criterio che abilita il valore economico della scelta di consumo alla protezione giuridica, quello che, in altri termini, assicura la rilevanza giuridica del valore economico è il rischio di consumo. Il valore giuridico (per diritto dei consumatori), mediante la tecnica rimediale del divieto di utilizzare la clausola abusiva (arg. ex art. 37 cod. cons.), è riconosciuto solo *oltre il limite dell'autoresponsabilità*⁴².

⁴¹ Sul rischio di consumo, v. BARBA, *Capacità e funzionamento*, cit., 297 ss. e 370.

⁴² Cfr. il principio di diritto affermato da Cass., 8 luglio, n. 14257, in *Diritto e giustizia*, 2020, 5 ss.

14. Per una riflessione futuribile

Il breve discorso di commento e di analisi critica della sentenza deve ancora dar conto, ma solo con un breve menzione, al contenuto di diritto della politica – non di politica dei diritti – che il tema della clausola di tasso minimo dissimula e che il privatista non dovrebbe ignorare o trascurare. Si tratta, in realtà, di un dispositivo escogitato dall'autonomia privata esercitata dall'impresa per garantire, attraverso meccanismi negoziali che utilizzano l'asimmetria dei poteri, una remunerazione minima del servizio finanziario offerto. Con riguardo a tale funzione, la clausola si colloca in relazione (solo) di sistematica congruenza con la disciplina legale che assicura l'equità del compenso delle prestazioni d'opera intellettuale (legge n. 49/2023), senza coinvolgere l'intera categoria sistematica del lavoro autonomo.

Resta il reale compito dell'interprete, disposto a non eludere o sottovalutare il dovere di elaborare un discorso critico sul diritto privato, di riflettere sulla conformazione potenziale o attuale di dispositivi – legali o negoziali – equipollenti in termini funzionali a quelli menzionati, che riescano a garantire il riconoscimento e l'effettività della minima remunerazione necessaria del *lavoro nell'impresa*, in relazione all'art. 36 Cost.

In tale direzione di analisi, l'interprete rispetta il valore esistenziale del consumo e la sua più intima e significativa connessione con il lavoro.

ABSTRACT

Il saggio, attraverso l'analisi della sentenza C-450/22 della Corte di giustizia europea, ricostruisce nel sistema del diritto dei consumatori il controllo giudiziale di trasparenza formale e sostanziale dei modelli standard di contrattazione. In particolare, di quello attivato mediante l'esercizio di un'azione inibitoria rappresentativa di una complessa pluralità di categorie di consumatori e nei confronti di un numero assai rilevanti di istituti di credito con riguardo alla clausola *floor*. Inoltre, viene analizzata la figura del consumatore medio come tecnica giuridica di natura finzionistica che offre al giudice il criterio del giudizio.

The objective of the present study is to provide a reconstruction of the judicial supervision of formal and substantive transparency of standard contract terms in the context of consumer law. The present analysis is founded upon an examination of the European Court of Justice's ruling in the C-450/22 case, which was delivered in the context of an injunction protecting the collective interest of consumers against numerous credit institutions, challenging the application of the floor clause in bank loans. In addition, the concept of the average consumer is analysed as a legal technique of a fictitious nature, which provides the judge with a criterion for making a decision."

e Cass., 14 gennaio 2021, n. 497, in *Foro it.*, 2021, I, 2501 ss.