

SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

# **CORSO-LABORATORIO DI DIRITTO DEI CONSUMATORI**

Responsabile del corso: **Nicoletta Aloj**

STRUTTURA TERRITORIALE DI FORMAZIONE DECENTRATA DEL  
DISTRETTO DI TORINO

Codice del corso: D19211

11 aprile 2019 – ore 14:30

Palazzo di Giustizia di Torino “Bruno Caccia” Aula del Consiglio  
Giudiziario “Luigi Conti”, scala B, piano 7

SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

# **IL RILIEVO DI UFFICIO DELLA NULLITÀ DELLE CLAUSOLE VESSATORIE E I POTERI ISTRUTTORI**

**Dott. Viola Nobili**

**Tribunale ordinario di Milano**

SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

# Problematiche da risolvere

- Qualificazione soggettiva e oggettiva dei contratti; Limiti processuali al potere di accertamento;
- Individuazione delle possibili clausole vessatorie e giudizio di vessatorietà;
- Effetti del giudizio di vessatorietà: la nullità;
- Rilievo di ufficio e i suoi limiti;

# ARTICOLO N.33 dlgs 206/2005

## Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore

1. 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.

- 2. Si **presumono vessatorie** fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di:
  - a) escludere o limitare la **responsabilità** del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista (1);
  - b) escludere o limitare le **azioni** o i **diritti** del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di **inadempimento** totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;
  - c) escludere o limitare l'opportunità da parte del consumatore della **compensazione** di un debito nei confronti del professionista con un credito vantato nei confronti di quest'ultimo;
  - d) prevedere un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una **condizione** il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà;
  - e) consentire al professionista di trattenere una **somma** di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il **doppio** della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere;

- f) imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo **manifestamente eccessivo**;
- g) riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di **recedere** dal contratto, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto;
- h) consentire al professionista di recedere da contratti a **tempo indeterminato** senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa;

- i) stabilire un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la **disdetta** al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione;
- l) prevedere l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che **non ha avuto la possibilità di conoscere prima** della conclusione del contratto;
- m) consentire al professionista di **modificare unilateralmente** le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso;
- n) stabilire che il **prezzo** dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione;
- o) consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto;
- p) riservare al professionista il potere di accertare la **conformità** del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto o conferirgli il diritto esclusivo d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto;
- q) limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatari o subordinare l'adempimento delle suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità;
- r) limitare o escludere l'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore;

- s) consentire al professionista di **sostituire** a sè un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo;
- t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'**autorità giudiziaria**, limitazioni all'adduzione di prove, **inversioni** o modificazioni dell'**onere della prova**, **restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi**;
- u) stabilire come sede del **foro** competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore;
- v) prevedere l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo come subordinati ad una condizione sospensiva dipendente dalla **mera volontà del professionista** a fronte di un'obbligazione immediatamente efficace del consumatore. È fatto salvo il disposto dell'articolo 1355 del codice civile.
- v-bis) imporre al consumatore che voglia accedere ad una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V, di rivolgersi esclusivamente ad un'unica tipologia di organismi ADR o ad un **unico organismo ADR** (2);
- v-ter) rendere eccessivamente difficile per il consumatore l'esperimento della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V (3).

# Obiettivo della tutela del consumatore

- Articolo 6 Dir 93/13/Cee 1. 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.

## ART. 47 CDFUE

# Principio di Effettività della tutela

Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

# Cass. Sez. U, Sentenza n. 26242 del 12/12/2014

- La rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, **alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una "species" del più ampio "genus"** rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali - quali il corretto funzionamento del **mercato** (art. 41 Cost) e **l'uguaglianza** almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost) - che trascendono quelli del singolo.

# RILIEVO DI UFFICIO

- *«Nell'ambito dei contratti di telefonia mobile, al fine di valutare le pattuizioni contenute nelle condizioni generali di contratto e nelle opzioni prescelte dall'utente, il giudice deve preliminarmente, anche d'ufficio, individuare la **qualità** dei contraenti al fine di valutare correttamente, e alla luce del principio sinallagmatico, l'eventuale squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dalle clausole stipulate e la loro **vessatorietà** con tutte le conseguenze da ciò derivanti» Cass. 17586/2018.*

# DEFINIZIONI

- *«Ai fini dell'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1469 bis e segg. cod. civ., deve essere considerato "**consumatore**" la persona fisica che, anche se svolge attività imprenditoriale o professionale, conclude un qualche contratto per la soddisfazione di **esigenze della vita quotidiana** estranee all'esercizio di tale attività, mentre deve essere considerato "**professionista**" tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che, invece, utilizza il contratto "**nel quadro**" della sua attività imprenditoriale o professionale. Perchè ricorra la figura del "professionista" non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente - come si evince dalla parola "quadro" - che esso venga posto in essere per uno **scopo** connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale" ex multis Cass. 11933/2006; Cass. 4208/2007; Cass. 13083/2007; Cass. 21763/2013.*

# Poteri giudiziali nel caso in cui la persona fisica non si qualifica come consumatore e non porta elementi a prova di tale qualificazione:

- Quale rilievo del Principio dispositivo?
- Elementi documentali. Nomen Juris Contratto. Definizioni Contrattuali.
- Mancanza di fattura.
- Presunzione di legge? Favor?
- Presunzioni ex art. 2729 c.c.. Comportamento esecutivo e giudiziale delle parti;
- Art. 117 c.p.c. *“Il giudice, in qualunque stato e grado del processo, ha facoltà di ordinare la comparizione personale delle parti in contraddittorio tra loro per interrogarle liberamente sui **fatti** della causa. Le parti possono farsi assistere dai difensori”*;
- Art. 38, co. 4, c.p.c. *“Le questioni di cui ai commi precedenti sono decise, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta **dagli atti** e, quando sia reso necessario dall’eccezione del convenuto o dal rilievo del giudice, **assunte sommarie informazioni**”*.

# Corte di giustizia, 4 giugno 2015, C-497/13, *Froukje Faber*

- (...) modalità processuali che, (...), vietino sia al giudice di primo grado che al giudice di appello (...), di qualificare, sulla base degli elementi di fatto e di diritto di cui dispongono o di cui possono disporre su semplice domanda di chiarimenti, il rapporto contrattuale in oggetto alla stregua di vendita al consumatore, laddove quest'ultimo non abbia espressamente rivendicato tale qualità, **equivarrebbero ad assoggettare il consumatore all'obbligo di procedere da sé, a pena di perdere i diritti che il legislatore dell'Unione ha inteso conferirgli con la direttiva 1999/44, a qualificare giuridicamente in modo completo la sua situazione.** In un settore in cui, in numerosi Stati membri, le norme processuali consentono ai singoli di rappresentarsi autonomamente dinanzi ai tribunali, **sussisterebbe un rischio non trascurabile che, soprattutto per ignoranza, il consumatore non sia in grado di adempiere ad un obbligo di tale intensità**(CGUE Faber, 44).
- (...) modalità processuali come quelle descritte al punto precedente **non sarebbero conformi al principio di effettività** (...) (CGUE Faber, 45).

Sono i sistemi giudiziari nazionali a dover predisporre le garanzie processuali strumentali a garantirne il corretto esercizio tramite sussistenza del principio di **leale collaborazione** all'**art. 4 T.U.E.** il quale, sancendo il dovere del rispetto e dell'assistenza reciproca tra Unione Europea e Stati membri, vincola questi ultimi ad adottare *“ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione”* e grazie all'**art. 19 par. 1 T.U.E.**, secondo cui *“gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”*.

# SILLOGISMO

**PM:** la mancanza di una disciplina comunitaria uniforme in tema di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche protette;

**pm:** l'esigenza di rendere effettive le libertà fondamentali dell'Unione, attraverso la creazione di uno «spazio» comune di «libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne» (art. 3, par. 2, trattato U.E.);

**S:** va di pari passo con la realizzazione di un osmosi anche dei principi processuali, propri degli ordinamenti dei singoli Stati.

# Reinterpretazione

Art. 115 c.p.c. *“Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i **fatti non specificatamente contestati** dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le **nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza**”*;

Art. 183, co. 4, c.p.c. *“Nell’udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, **sulla base dei fatti allegati**, i **chiarimenti** necessari e indica le **questioni** rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”*.

# Bilanciamento

Art. 101, co. 2, c.p.c. *“Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti **osservazioni** sulla medesima questione.”*

# Normativa Europea

- Dir 85/577 → Contratti conclusi fuori dai locali commerciali;
- Dir.CEE 84/450 → pubblicità ingannevole;
- Dir 93/13 → artt. 1469 bis e ss;
- Dir 97/7 → contratti a distanza; Dir 2011/83: art.3;
- Dir 99/44 → vendita beni consumo;
- Oggi → CODICE DEL CONSUMO
- Dir 2008/28 → Credito al Consumo → TUB

# Fideiussione - Fideiussore

- Sebbene la fideiussione non possa essere inclusa di per sè fra i contratti di cessione di beni o di prestazione di servizi intercorrenti tra un professionista ed un consumatore, previsti dall'art. 1469-bis cod. civ. nel testo anteriore alla legge 21 dicembre 1999, n. 526, tuttavia, anche nel vigore della precedente formulazione, per la fideiussione che accede a contratti bancari deve ritenersi **sussistente il requisito oggettivo per l'applicabilità della disciplina delle clausole abusive, introdotta dalla legge 6 febbraio 1996, n. 52**, in ragione del collegamento contrattuale che intercorre tra il contratto costitutivo del debito principale garantito ed il contratto costitutivo dell'obbligazione fideiussoria. Quanto al requisito soggettivo di applicabilità della medesima disciplina, la **qualità del debitore** principale **attrae** quella del fideiussore ai fini della individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore. (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 10107 del 13/05/2005, Rv. 583185 – 01; Sez. 1, Sentenza n. 16827 del 09/08/2016, Rv. 640914 - 01); così, Sez. 3, Sentenza n. 25212 del 29/11/2011, Rv. 620445 – 01);

# Corte di giustizia, ord. 19 novembre 2015, C-74/15, Tarcău

*“(…) la nozione di «consumatore», ai sensi dell’articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13, ha un carattere oggettivo (v. sentenza Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, punto 21). Essa deve essere valutata alla luce di un criterio funzionale volto ad analizzare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell’ambito delle **attività estranee all’esercizio di una professione**. (....) Nel caso di una persona fisica che abbia garantito l’adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta quindi al giudice nazionale determinare se tale persona abbia agito nell’ambito della sua attività professionale o sulla base dei **collegamenti funzionali** che la legano a tale società, quali **l’amministrazione** di quest’ultima o una **partecipazione non trascurabile** al suo capitale sociale, o se abbia agito per scopi di natura privata.”*

- *«L'oggetto del contratto è quindi irrilevante per definire l'ambito di applicazione della direttiva 93/13, fatte salve le eccezioni indicate al decimo considerando della medesima;*
- *Tale criterio corrisponde all'idea sulla quale si basa il sistema di tutela istituito dalla direttiva stessa, ossia che il consumatore si trovi in una situazione di **inferiorità** rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il livello di informazione, **situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse.***
- *La suddetta tutela è particolarmente importante nel caso di un contratto di garanzia o di fideiussione stipulato tra un istituto bancario e un consumatore. Tale contratto si basa infatti su un impegno personale del garante o del fideiussore al pagamento del debito contratto da un terzo. L'impegno medesimo comporta, per colui il quale vi acconsente, obblighi onerosi che hanno **l'effetto di gravare il suo patrimonio di un rischio finanziario spesso difficile da misurare**».*

# Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. X, 14 settembre 2016, C-534/15

- Quanto alla questione se una persona fisica che si impegna a garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di un istituto bancario in base a un contratto di credito possa essere considerata un «consumatore», ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13, occorre rilevare che un siffatto contratto di garanzia o di fideiussione, **sebbene** possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto **accessorio** rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che esso garantisce (v., in tal senso, sentenza del 17 marzo 1998, Dietzinger, C-45/96, EU:C:1998:111, punto 18), si presenta, dal punto di vista delle parti contraenti, come un contratto **distinto** in quanto è stipulato tra **soggetti diversi** dalle parti del contratto principale. È dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito.

# Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. X, 14 settembre 2016, C-534/15

- Gli articoli 1, paragrafo 1, e 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che tale direttiva si applica a un contratto di garanzia immobiliare stipulato tra persone fisiche e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tali **persone fisiche hanno agito per scopi che esulano dalla loro attività professionale e non hanno alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società, circostanze queste che spetta al giudice del rinvio verificare.**

# Consumatore Conduttore

- Sentenza CGUE 30.5.2013 C-488/11 Asbeek  
Brusse: «qualsiasi contratto» - fuori  
dall'esercizio di attività professionale ->  
condizioni inferiorità: contratto di locazione  
immobile ad uso abitativo (luogo dove abitare,  
spesa prevalente nel bilancio familiare,  
normativa poco conosciuta);

# CONDOMINIO CONSUMATORE

Cass. 10679/15: *“al contratto concluso con il professionista dall’amministratore del condominio, ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, si applica la normativa a tutela del consumatore, atteso che l’amministratore agisce quale **mandatario** con rappresentanza dei vari condomini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale”*;

Cass. 10086/01: *“(…) poiché i condomini vanno senz’altro considerati consumatori, essendo persone fisiche che agiscono, come nella specie, per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, anche al contratto concluso dall’amministratore del condominio con il professionista (...) si applicano gli artt. 1469bis e segg. c.c.”*

# VESSATORIETA'

- Articolo 4 DIR 93/13
- 1. 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.
- 2. La valutazione del carattere abusivo delle clausole **non** verte né sulla definizione dell'**oggetto** principale del contratto, né sulla **perequazione** tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, **purché** tali clausole siano formulate in modo **chiaro e comprensibile**.

# L'ACCERTAMENTO DELLA VESSATORIETÀ DELLA CLAUSOLA

**Corte di giustizia, 14 marzo 2013, C-415/11, Aziz punti 68, 69**

- *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;*
- *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;*

## CGUE sent. 14-3-2013 C 415-11, Aziz

*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** (citate 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, Rec. pag. I 11557, punto 50).*

# Caso

- CLAUSOLA di un **regolamento comunale** con cui si esclude qualsiasi diritto al risarcimento del danno in capo all'utente per il solo fatto che l'erogazione idrica subisse interruzioni o per la circostanza che la pressione non fosse sufficiente al raggiungimento dei piani più elevati;
- «*Condizioni generali di contratto che regolano il servizio di somministrazione di acqua potabile, unilateralmente predisposte dall'ente comunale e destinate a quei soggetti che richiedono la relativa prestazione. Gli articoli del regolamento, quindi, **non vengono in evidenza nella loro connotazione normativa, bensì in quella negoziale**, e possono essere sottoposti ad un giudizio di vessatorietà*» (Cass. 19154/2018).

# Giudizio di vessatorietà:

*«occorre in sede di merito valutare se in dette clausole , siano indicate **specifiche esigenze organizzative** del servizio, o specifiche cause (ad es., forza maggiore, diminuzione delle riserve idriche, ecc.) giustificative dell'esonero o anche della limitazione della responsabilità, e se queste siano astrattamente **congruenti** con l'esigenza di non vanificare del tutto la stessa responsabilità del gestore; oppure, in alternativa, occorre appurare se l'esonero da responsabilità sia previsto in termini assoluti e a prescindere da qualsiasi causa, non potendo dubitarsi, in tal caso, della vessatorietà della clausola, pur in presenza di esigenze pubblicistiche» (Cass. 19154/2018).*

# Dichiarazione di consegna

*La clausola di cui trattasi non impone alcun obbligo al consumatore né attribuisce diritti al professionista*

VS

*inverte l'onere della prova  
(art. 33 comma 2 lett. T);*

**Se nessuna delle parti ha fornito gli elementi necessari ai fini della decisione?**

***“il giudice nazionale deve adottare d’ufficio misure istruttorie al fine di accertare se una clausola attributiva di competenza giurisdizionale territoriale esclusiva contenuta nel contratto, che costituisce l’oggetto della controversia di cui è investito e che è stato concluso tra un professionista e un consumatore, rientri nell’ambito di applicazione della direttiva e, in caso affermativo, valutare d’ufficio il carattere eventualmente abusivo di una siffatta clausola”*** (Corte di giustizia, 9 novembre 2010, *Pénzügyi Lizing Zrt*, C-137/08, p. 56)

# Poteri istruttori di ufficio ai fini dell'accertamento della vessatorietà

- Valutazioni di diritto;
- ctu percipiente;
- Art. 281ter c. p. c. *“Il giudice può **disporre d’ufficio la prova testimoniale** formulandone i capitoli, quando le parti nella esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità.”*

# Bilanciamento

- Ammettere il professionista alla prova contraria.



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

# Quali contratti

- *«In tema di **arbitrato** tra banca e consumatore, la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria in favore degli arbitri, in forza di quanto previsto dall'art. 33, comma 2, lettera t), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, è possibile alla condizione che si dimostri l'esistenza di una **specifica trattativa** tra le parti, e la prova di tale circostanza costituisce onere preliminare a carico del professionista che intenda avvalersi della clausola arbitrale di deroga, ponendosi l'esistenza della trattativa come un *prius* logico rispetto alla dimostrazione della natura non vessatoria di siffatta clausola» (Cass. 3744/17).*

- 
- Nel giudizio di **appello** ed in quello di **cassazione**, il giudice, in caso di mancata rilevazione officiosa, in primo grado, di una nullità contrattuale, ha sempre facoltà di procedere ad un siffatto rilievo. (Sez. U, Sentenza n. 26242 del 12/12/2014, Rv. 633509 - 01)

- Il rilievo "ex officio" di una nullità negoziale - sotto qualsiasi profilo ed anche ove sia configurabile una nullità speciale o "di protezione" - deve ritenersi consentito, sempreché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata "ragione più liquida", **in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione)**, senza, per ciò solo, negarsi la diversità strutturale di queste ultime sul piano sostanziale, poichè tali azioni sono disciplinate da un complesso normativo autonomo ed omogeneo, affatto incompatibile, strutturalmente e funzionalmente, con la diversa dimensione della nullità contrattuale. (Sez. U, Sentenza n. 26242 del 12/12/2014, Rv. 633504 - 01)

- La "**rilevazione**" "**ex officio**" delle nullità negoziali (sotto qualsiasi profilo, anche diverso da quello allegato dalla parte, ed altresì per le ipotesi di nullità speciali o "di protezione") è sempre **obbligatoria**, purchè la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata "ragione più liquida", e va intesa come indicazione alle parti di tale vizio; la loro "dichiarazione", invece, ove sia mancata **un'espressa domanda** della parte pure all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa del medesimo vizio (Sez. U, Sentenza n. 26242 del 12/12/2014, Rv. 633502 - 01). Per le nullità di protezione, oltre al rilievo bisognerà pronunciare di ufficio, **salvo che il consumatore vi si opponga**.