

M^a AMALIA BLANDINO GARRIDO*

*Incidenza della dottrina nella giurisprudenza sul controllo di trasparenza
delle clausole non negoziate individualmente***

Sommario: 1. Approccio. - 2. Meccanismi legali di controllo delle clausole non negoziate individualmente: controllo di integrazione o adesione e controllo del contenuto o dell'abusività – 3. L'esclusione del controllo sul contenuto delle clausole in relazione agli elementi essenziali del contratto. - 4. Il dovere di "trasparenza sostanziale": l'applicazione giurisprudenziale di un costrutto della dottrina scientifica. - 5. Portata della "trasparenza sostanziale": né mero controllo formale né valutazione del contenuto della clausola. - 6. L'integrazione delle clausole non trasparenti come criterio determinante per la nullità di pieno diritto.

1. *Approccio*

Il continuo incremento delle azioni legali che impugnano la validità delle cosiddette "clausole floor", cioè, quelle che fissano un limite percentuale minimo alla variabilità dell'interesse nei prestiti ipotecari, ha dato origine a una innovativa giurisprudenza della Prima Sezione della Corte Suprema, suffragata da approcci e soluzioni che provengono direttamente dalla dottrina scientifica.

In particolare, il controllo delle clausole che riguardano gli elementi essenziali del contratto si è basato, partendo da un'elaborazione proveniente dalla ricerca giuridica, sull'adempimento di standard di trasparenza più rigorosi rispetto a quelli meramente formali relativi alla formulazione e concretizzazione delle clausole. Tale necessità di "trasparenza sostanziale", applicabile alle clausole non negoziate individualmente relative all'oggetto o al prezzo

* *Profesora Titular di Diritto Civile dell'Università di Cadice.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

del contratto, non è nemmeno assimilabile al controllo di abusività o al controllo sul contenuto, che si regge sull'importante squilibrio tra i diritti e gli obblighi che derivano dal contratto per le parti, contrario alla buona fede e dannoso per il consumatore.

L'approccio della dottrina rispetto alla "trasparenza sostanziale" è stato utilizzato inoltre, in diverse risoluzioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nell'interpretazione della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, che all'art. 4.2 esclude dal controllo del contenuto quelle stipulazioni relative alle prestazioni essenziali formulate in modo trasparente.

Il trattamento riservato dai nostri tribunali a questo nuovo meccanismo di controllo delle clausole non negoziate individualmente richiede un'opera di revisione che consenta di motivare in modo adeguato certe lacune e incongruenze, ed è perciò essenziale durante tale adempimento prendere in considerazione le proposte della dogmatica giuridica.

2. Meccanismi legali di controllo delle clausole non negoziate individualmente: controllo di integrazione o adesione e controllo del contenuto o dell'abusività

L'efficacia delle clausole non negoziate individualmente e, di conseguenza, il loro carattere vincolante rispetto all'accettante (che si tratti o meno di consumatore o utente), viene subordinata nell'ordinamento spagnolo all'adempimento di "requisiti di integrazione" o "adesione" stabiliti sia dalla Legge n. 7/1998, relativa alle Condizioni Generali dei Contratti del 13 aprile 1998 (d'ora in poi, LCGC)¹, che ha trasposto la Direttiva 93/13/CEE nel diritto interno, e al Testo Consolidato della Legge Generale per la Difesa dei Consumatori e degli Utenti e altre leggi integrative, approvato dal Regio Decreto Legislativo 1/2007, del 16 novembre (TRLUCU)². All'interno di questi requisiti formali, ce ne sono alcuni che richiedono l'adempimento di presupposti di accessibilità nella stesura e nella formulazione delle clausole; altri, in compenso, garantiscono la trasposizione su un supporto materiale delle stipulazioni sia per metterle a disposizione che per trasmetterle alla parte accettante. Di conseguenza, ai sensi degli artt. 5, §§ 1 e 5, e 7 LCGC, «la formulazione delle clausole generali dovrà soddisfare i criteri di trasparenza, chiarezza, concretezza e semplicità» e «diventeranno parte del

¹ BOE n. 89, del 14 aprile 1998.

² BOE n. 287, del 30 novembre 2007.

contratto solo quando l'accettante ne accetta l'integrazione», In modo che «non verranno integrate al contratto le (...) condizioni generali (...) che l'accettante non ha avuto una possibilità concreta di conoscere in modo completo al momento della stipula del contratto» o «risultino illeggibili, ambigue, oscure e incomprensibili». Da parte sua, l'art. 80.1.a) TRLCU richiede «concretezza, chiarezza e semplicità nella formulazione» delle clausole che il consumatore accetta, e aggiunge nel comma b) i requisiti di «accessibilità e comprensibilità». Ci troviamo davanti a dei doveri meramente formali di rendere note all'accettante le clausole, che si riflettono di conseguenza sugli elementi essenziali del contratto.

Nei contratti stipulati tra un imprenditore e un consumatore, il TRCLU stabilisce un sistema di controllo, quello di abusività che interviene per valutare il contenuto delle clausole, in particolare, nel caso in cui determinino uno squilibrio di tipo normativo, relativamente alle posizioni giuridiche delle parti contraenti, contrario alla buona fede (art. 82.1). Le stipulazioni che si vengono dichiarate abusive devono causare un danno al consumatore, in modo tale che sia rilevante solo lo squilibrio contrattuale prodotto a scapito di tale parte, non del predisponente³. Restano, in questo modo, escluse dal contratto tutte le clausole non negoziate il cui contenuto favorisce in modo palesemente ingiustificato il predisponente rispetto all'accettante (il consumatore)⁴.

La natura abusiva delle clausole disposte nel nostro ordinamento segue il criterio, in modo esclusivo, dell'esistenza di uno squilibrio tra i diritti e i doveri delle parti contraenti contrario alla buona fede. La nostra normativa non prevede in compenso, una norma di recepimento dell'art. 4.2 della Direttiva 93/13/CEE, che colleghi la mancanza di trasparenza delle clausole rispetto all'oggetto o al prezzo, con l'abusività.

3. L'esclusione del controllo sul contenuto delle clausole in riferimento agli elementi essenziali del contratto

Quando le clausole disposte fanno riferimento agli elementi essenziali del contratto, viene sollevata la questione di stabilire quale sia il meccanismo di controllo applicabile. Nella

³ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario a la D.A. primera. Tres: Art. 10 bis.1 LCU*, in *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinati da Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 1999, pag. 757.

⁴ R. BERCOVITZ, *Comentario al artículo 8*, in *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales...cit.*, pag. 261.

misura in cui, ai sensi della Direttiva 93/13/CEE, le clausole che definiscono l'oggetto principale del contratto nonché la relazione tra prezzo e prestazione, ovvero, se l'entità del primo è adatta alla qualità o alla specie del bene o del servizio oggetto del contratto, o viceversa, vengono escluse dal controllo di abusività, a meno che venga accertata la non conformità con i requisiti di trasparenza (art. 4.2 e Considerando diciannovesimo). Si distingue, così, tra clausole relative all'oggetto principale del contratto o alla sua perequazione con il prezzo da pagare (che, in linea di principio, sono trasparenti, restano escluse dal controllo di abusività) e le clausole normative (soggette al controllo di abusività).

Ai sensi della direttiva comunitaria, una clausola che regola gli elementi essenziali in modo non trasparente, impedendo alla parte accettante di conoscerne contenuto e portata, verrà sottoposta a una valutazione in merito alla sua abusività ai sensi dell'art. 3.1 della norma comunitaria⁵. A tal proposito, la Corte di Giustizia ha considerato che le clausole vertenti sulla definizione dell'oggetto principale del contratto «esulano dalla valutazione del loro carattere abusivo soltanto qualora il giudice nazionale competente dovesse considerare, in seguito ad un esame caso per caso, che esse sono state formulate dal professionista in modo chiaro e comprensibile»⁶. Di conseguenza, per garantire, in particolare, gli obbiettivi riguardanti la tutela dei consumatori perseguiti dalla Direttiva, qualsiasi trasposizione alla legislazione nazionale del suddetto art. 4.2, deve avvenire in modo completo, affinché il divieto di apprezzare il carattere abusivo delle clausole analizzate possa fare riferimento soltanto a quelle formulate in modo chiaro e comprensibile⁷. La Corte di Giustizia ha precisato, inoltre,

⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione. Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (Testo rilevante ai fini del SEE) (2019/C 323/04), Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 27 settembre 2019, pagg. 22-24.

⁶ Sentenza CGUE del 3 giugno 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad di Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Associazione Spagnola degli Utenti dei Servizi Bancari: l'«Ausbank»), C-484/08, § 32.

⁷ In questo senso, i §§ dal 36 al 39 della citata sentenza n. 484 della CGUE del 3 giugno 2010, C-484/08, chiariscono che nella sentenza del 10 maggio 2001, Commissione/Paesi Bassi, C-144/99, la Corte di Giustizia ha dichiarato che il Regno dei Paesi Bassi era venuto meno agli obblighi incombenti a norma della direttiva non già per non aver trasposto l'art. 4, n. 2, di quest'ultima, ma unicamente per averne assicurato una trasposizione incompleta, cosicché la normativa nazionale in parola non poteva raggiungere i risultati voluti da tale disposizione. Infatti la suddetta normativa escludeva qualsiasi possibilità di controllo giurisdizionale delle clausole che descrivevano le prestazioni essenziali nei contratti stipulati tra un professionista ed un consumatore, anche quando la formulazione di tali clausole era oscura e ambigua, talché al consumatore era assolutamente impedita la possibilità di far valere il carattere abusivo di una clausola vertente sulla definizione dell'oggetto principale del contratto e sulla perequazione tra il prezzo e i servizi o i beni da fornire.

che un giudice di uno Stato membro è sempre tenuto a controllare la chiarezza e la comprensibilità di una clausola contrattuale vertente sull'oggetto principale del contratto, anche se lo Stato membro interessato, nella fattispecie la Spagna, non ha trasposto tale disposizione nel suo ordinamento giuridico⁸.

Come già anticipato, il recepimento della Direttiva 93/13/CEE nell'ordinamento spagnolo non ha incorporato l'art. 4.2 del testo comunitario. Ciò nonostante, la nozione di clausola abusiva, che fino a quel momento si riferiva al giusto equilibrio «delle controprestazioni»⁹, dopo il recepimento della Direttiva nella Legge dei Consumatori, si fonda sul «giusto equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti» o sul «significativo squilibrio tra diritti e obblighi delle parti derivante dal contratto»¹⁰. L'approvazione nel 2007 del TRCLU, pur mantenendo la definizione generale di clausola abusiva basata sul «significativo squilibrio tra diritti e obblighi delle parti» (e non sulle «controprestazioni») ¹¹, non è stata nemmeno sfruttata dal legislatore spagnolo per salvare dal controllo dei contenuti, mediante una disposizione esplicita, le clausole sugli elementi essenziali. Nel diritto comparato, è possibile riscontrare una diversità di criteri tra gli Stati membri rispetto al recepimento del citato art. 4.2 della Direttiva¹².

La mancanza di recepimento del menzionato art. 4.2 della direttiva potrebbe essere considerato come un modo di garantire al consumatore un livello di protezione più elevato (art. 8 della Direttiva.) poiché ammette la possibilità che il giudice possa pronunciarsi in merito al carattere abusivo di quelle clausole che facciano riferimento all'oggetto principale del contratto, a prescindere che siano o meno trasparenti. È stata messa in dubbio, comunque,

⁸ Sentenza CGUE del 3 marzo 2020, M.G.M.G. c. BANKIA, S. A. C-125/18.

⁹ Art. 10.1.c) della Legge generale n. 26/1984, relativa alla tutela dei consumatori e degli utenti del 19 luglio 1984 (BOE n. 176, del 24 luglio 1984), nella stesura originale.

¹⁰ Artt. 10.1.c) e 10 bis LCU del 1984, in seguito alla riforma realizzata dalla LCGC, che recepisce nel nostro ordinamento la Direttiva comunitaria

¹¹ Artt. 80.1.c) e 82.1 TRLCU.

¹² Richiama l'attenzione su questa diversità tra gli Stati Membri la Relazione della Commissione sull'applicazione della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 Aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori [COM(2000) 248 definitivo]. Di conseguenza, come indicato nel rapporto citato, gran parte degli Stati membri non ha recepito questa limitazione del campo d'applicazione (DK, E, FIN, I, P, S, EL). Tra gli ordinamenti che hanno recepito l'art. 4.2. possiamo citare quello italiano (nell'iniziale art. 1469-ter, secondo paragrafo, del *Codice Civile*, e anche nell'art. 34.2 del *Codice del Consumo*), quello inglese (art. 6, comma 2, della *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999) o quello francese (art. 132-1. Settimo paragrafo, del *Code de la consommation*).

la compatibilità di tale misura con il principio del libero mercato, visto che proprio l'art. 8 sottolinea che tali disposizioni più severe devono essere «compatibili con il Trattato».

Il dibattito della dottrina sollevato dal silenzio del legislatore spagnolo in merito ai requisiti delle clausole predisposte sull'oggetto e sul prezzo¹³, ha convissuto per diversi anni con una giurisprudenza titubante che oscillava tra sottoporle al controllo o escluderle da qualsiasi valutazione giudiziaria. Esisteva, inoltre, il problema di che tipo di controllo esercitare sulle clausole che regolano le prestazioni essenziali del contratto.

La questione che se nel nostro ordinamento il controllo speciale di abusività possa pregiudicare le clausole che disciplinano l'oggetto principale del contratto è stata risolta nella sentenza del TJUE del 3 giugno 2010¹⁴. In tale sentenza, la Corte del Lussemburgo, rileva che gli artt. 4, n. 2, e 8 della direttiva 93/13/CEE, «debbono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella in questione nella causa principale (la spagnola), che autorizza un controllo giurisdizionale del carattere abusivo delle clausole contrattuali vertenti sulla definizione dell'oggetto principale del contratto o sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, anche se tali clausole sono formulate in modo chiaro e comprensibile»¹⁵.

Sulla base di tale criterio, la STS n. 401/2010, del 1 luglio¹⁶ ha stabilito, rispetto alla possibilità di sottoporre le clausole relative all'oggetto principale del contratto al giudizio di

¹³ In Spagna, la tesi che sostiene che le clausole sugli elementi essenziali vengono escluse dal controllo giudiziario è stata inizialmente accolta da M. ROYO MARTÍNEZ (*Contratos de Adhesión*, in *ADC*, t. II, fasc. I, gennaio-marzo, 1949, pagg. 61 e ss) e F. DE CASTRO (*El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pagg. 45-46; *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, in *ADC*, 1961, pagg. 297 e ss.). Successivamente è stata condivisa da diversi autori, tra i quali ricordiamo J. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pagg. 69 e ss; X. O'CALLAGHAN, *Condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas (a la luz de la Ley 7/1998, de 13 de abril)*, in *Estudios sobre Consumo*, n° 54, 2000, pag. 91; J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario a la D.A. Primera*, in *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. da Menéndez Menéndez e Díez-Picazo e coordinati da Alfaro, Madrid, 2002, pag. 894 e S. CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

¹⁴ Sentenza CGUE del 3 giugno 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad di Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), C-484/08.

¹⁵ La CGUE sottolinea il fatto che la Direttiva ha effettuato solo un'armonizzazione parziale e minima delle legislazioni nazionali relativamente alle clausole abusive, riconoscendo al contempo agli Stati membri la possibilità di garantire un livello di protezione per i consumatori più elevato di quello previsto dalla direttiva stessa (§ 28). Successivamente la Direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, modifica la Direttiva 93/13/CEE e inserisce l'art. 8 bis con la finalità che gli Stati membri informino la Commissione qualora dovessero adottare disposizioni che «estendono la valutazione di abusività a clausole contrattuali negoziate individualmente all'adeguatezza del prezzo o della remunerazione».

¹⁶ RJ 6554.

abusività, che «il fatto che gli Stati dell'Unione non abbiano l'obbligo di controllo rispetto al carattere abusivo delle clausole chiare e comprensive, è molto diverso dall'affermare che tale controllo non possa essere esercitato in Spagna»¹⁷.

Nonostante la strada che questa decisione della CGUE spianava al richiamo del carattere abusivo delle clausole sugli elementi essenziali del contratto, la Corte Suprema, adottando approcci che provengono dalla nostra dottrina scientifica, ha deciso di non perseguire direttamente la giustizia e il bilanciamento dei benefici degli elementi essenziali del contratto, ma di focalizzare il controllo di tali stipulazioni sulla cosiddetta “trasparenza sostanziale”. Inizia a consolidarsi, in questo modo, la dottrina giurisprudenziale che, supportata dalle ricerche di giuristi prestigiosi, colloca la “trasparenza sostanziale” delle clausole non negoziate che riguardano gli elementi essenziali in un autentico meccanismo di controllo rispetto a quello meramente formale o di inclusione.

4. Il dovere di “trasparenza sostanziale”: l'applicazione giurisprudenziale di un costrutto della dottrina scientifica

L'aumento delle impugnazioni delle cosiddette “clausole floor”, che, poiché incidono sulla determinazione dell'interesse remunerativo variabile, rappresentano un elemento essenziale del contratto¹⁸, ha comportato un ripensamento rispetto all'approccio della nostra Suprema Corte in merito al controllo esercitabile sulle clausole relative agli elementi essenziali del contratto. Entra, effettivamente, in scena la “trasparenza sostanziale”, che funziona come un filtro che permette di accertare la nullità di una clausola che riguarda il prezzo o l'oggetto del contratto.

Tale costrutto della trasparenza, elemento di controllo dell'oggetto principale del contratto, collegato alla valutazione del carattere abusivo della clausola, era stato già elaborato tempo addietro dalla dottrina scientifica. Nel nostro paese, occorre sottolineare che i creatori

¹⁷ Sulla base di questo stesso criterio, la STS n. 663/2010, del 4 novembre (RJ 8021) ha ritenuto che il controllo giudiziario fosse applicabile alle clausole litigiose, imposte ai consumatori nei contratti di prestito e di concessione di credito stipulati con l'entità convenuta, in base alle quali l'interesse variabile doveva essere determinato tramite una formula di arrotondamento per eccesso nelle frazioni di punto percentuale comunque applicabili.

¹⁸ La STS n. 241/2013, del 9 maggio (RJ 3088), indica che le clausole floor formano parte dell'oggetto principale del contratto, e dispone quanto segue: «Nel caso sottoposto alla nostra decisione, le clausole floor sono parte imprescindibile del prezzo che il mutuatario deve pagare. Definiscono l'oggetto principale del contratto».

di tale dottrina sono diversi autori, tra cui J. Alfaro Águila Real¹⁹, I. González Pacanowska²⁰, J. M. Miquel González²¹ e J. Pagador López²², benché la tesi migliore deve essere attribuita a F. Pertíñez Vílchez²³. Quest'ultimo sosteneva che le clausole relative agli elementi essenziali del contratto (prezzo e controprestazione) avrebbero potuto essere considerate abusive se, per mancanza di trasparenza nell'inclusione nel contratto, avessero causato una modifica surrettizia delle aspettative del consumatore in merito all'equilibrio economico del contratto, cioè, della relazione tra prezzo e controprestazione²⁴. Inoltre, Pertíñez Vílchez nella sua opera ammoniva sul fatto che la trasparenza richiesta per la validità delle clausole relative agli elementi essenziali del contratto era superiore a quella che veniva originata dal mero adempimento dei requisiti di integrazione, quindi ciò che conta è che il consumatore possa adottare

¹⁹ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, nella sua opera, *Las condiciones generales de la contratación...cit.*, pagg. 241-257 ha realizzato un'analisi della regola, che proviene dalla giurisprudenza tedesca, delle clausole sorprendenti, che ricollegava alla mancanza di trasparenza, e concludeva indicando che, in genere, le clausole sorprendenti sono quelle che fanno riferimento agli elementi essenziali del contratto o alle circostanze relative alla stipula dello stesso e non quelle che si riferiscono agli elementi accidentali. Andando oltre, all'interno del suo lavoro *El control de adecuación entre precio y prestación en el ámbito de las cláusulas predispuestas*, nel *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil. Universidad Pompeu Fabra, Barcellona, 2008*, pagg. 10-11. afferma che «quando una clausola prestilata che regola gli elementi essenziali del contratto non sia stata redatta in modo chiaro e trasparente, cioè, non permetta al consumatore di conoscerne contenuto e portata, dovrà essere sottoposta al controllo del suo contenuto per stabilire se altera in qualche modo le aspettative del consumatore in merito agli elementi.

²⁰ Questa autrice richiamava l'attenzione sul grande rilievo ottenuto dal cosiddetto "principio di trasparenza", Specialmente in merito alle condizioni generali che servono per la descrizione, determinazione ed eventuale alterazione degli elementi essenziali del contratto. Commentava inoltre, che una delle possibili conseguenze giuridiche che la mancanza di trasparenza avrebbe potuto generare, sarebbe stata la costituzione di un caso di clausola abusiva, «causa di uno squilibrio, per trarre in inganno in merito all'insieme dei diritti e degli obblighi che incombono sull'accettante, o per precludergli la scelta ottimale tra le offerte di mercato» (*Comentarios al artículo 5, Requisitos de incorporación, in Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 1999, pagg. 186-187). Tale argomentazione viene successivamente sviluppata nel *Comentario al artículo 82, in Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 2009, pagg. 973-978.

²¹ In merito alla trasparenza degli elementi essenziali, J. M. Miquel González sosteneva che «completa la missione di garantire che il cliente conosca o possa conoscere l'onere finanziario che complessivamente implica il contratto per lui e la prestazione che riceverà dall'altra parte, o, se si vuole, l'equivalenza delle prestazioni, nella misura in cui il contratto venga eseguito come previsto» (*Comentario a la Disposición Adicional Primera, in Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. Menéndez Menéndez y Díez-Picazo y coord. Alfaro, Madrid, 2002, pag. 914). Successivamente ribadisce la propria tesi per il TRLCU nel *Comentario al artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas, in Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, dir. Cámara Lapuente, Madrid, 2011, pagg. 725-726.

²² *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid/Barcelona, 1999 e *Condiciones generales y cláusulas abusivas, in La defensa de los consumidores y usuarios*, dir. Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, Madrid, 2011, pagg. 1411-1413.

²³ F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, 2004, pagg. 109-153.

²⁴ F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, pag. 142.

la propria decisione di contrattare in piena cognizione di causa²⁵. La considerazione della trasparenza come meccanismo per controllare gli elementi essenziali del contratto deriva, inoltre, da proposte accademiche come il Draft Common Frame of Reference (DCFR)²⁶.

Il cosiddetto controllo di trasparenza, nell'aspetto materiale, è stato esplicitamente riconosciuto dalla STS n. 406/2012, del 18 giugno²⁷, di cui è stato relatore l'Ecc.mo. Sig. D. Francisco Javier Orduña Moreno, docente di Diritto Civile dell'Università di Valencia. Il cosiddetto controllo di trasparenza, secondo la sentenza, ha come oggetto che «il cliente conosca o possa conoscere l'onere finanziario che complessivamente implica il contratto per lui e, a sua volta, la prestazione economica che riceverà dall'altra parte».

Tale dottrina giurisprudenziale è stata in seguito sviluppata dalla Seduta Plenaria della Corte Suprema con l'emblematica sentenza n. 241/2013, del 9 maggio²⁸, che risolve un procedimento ingiuntivo intrapreso da un'associazione di consumatori contro diverse entità finanziarie per aver incluso tra le condizioni del prestito ipotecario dei limiti minimi alle variazioni su tassi d'interesse ("clausola floor"). La sentenza parte dal presupposto che le "clausole floor" sono parte imprescindibile del prezzo che il mutuatario deve pagare, di conseguenza, definiscono l'oggetto principale del contratto²⁹. Per la Corte Suprema, che una condizione generale definisca l'oggetto principale di un contratto e che, di regola, non possa essere veri-

²⁵ F. PERTIÑEZ VILCHEZ, *op. cit.*, pag. 141.

²⁶ Ai sensi dell'Art. II-9:402, comma (2), del DCFR, nei contratti stipulati tra un imprenditore e un consumatore, una clausola predisposta può essere considerata abusiva per mancanza di trasparenza, cioè, poiché si tratta di una clausola illeggibile, incomprensibile, ambigua, troppo generica, ecc. Di conseguenza, se la clausola viola il dovere di trasparenza imposta dal primo comma, "non sarà vincolante" per il consumatore (*Art. II-9:408: "Effetti delle clausole abusive"*, in *Draft Common Frame of Reference. Full edition*, pubblicato da C. VON BAR and E. CLIVE, vol. I, München, 2009, Art. II-9:402, pag. 630). Nei casi rimanenti, cioè, nei contratti stipulati tra imprenditori o tra privati, l'inadeguata formulazione o comunicazione di una clausola viene relegata al criterio di apprezzamento della possibile abusività (Art. II-9:407). La regola, sconosciuta alla normativa comunitari e nei PECL, prevede che, nei contratti dei consumatori, l'apprezzamento dell'abusività delle clausole oscure o incomprensibili non impone che si proceda a un'analisi, in particolare, del contenuto di regolamentazione di ciascuna clausola. Troviamo un precedente di tale regola nel § 307 (1).2 del BGB tedesco, che definisce un "irragionevole svantaggio" che i termini non risultino chiari e comprensibili. V., M^a. A. BLANDINO GARRIDO, *Libro II. Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos*, in *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, coord. Vaquer Aloy, Bosch Capdevila e Sánchez González, volume I, Barcellona, 2012, pagg. 645 e ss.

²⁷ RJ 8857. Il ricorso per cassazione derivava da un'azione legale tramite la quale veniva sollecitata la dichiarazione di nullità di un contratto di prestito ipotecario a interesse fisso del 20,50% annuo.

²⁸ RJ 3088.

²⁹ §§ 189 e 190.

ficata l'abusività del suo contenuto, non significa che il sistema non possa sottoporla al doppio controllo di trasparenza³⁰. Tali clausole, secondo la Corte Suprema, verranno considerate abusive, non per mancanza di reciprocità con il limite massimo sulla variazione del tasso d'interesse, le "clausole cap", dello stesso contratto, ma per una carenza di trasparenza che genera un'alterazione surrettizia dell'onere economico del contratto³¹. Si distingue, in questo modo, tra una "trasparenza formale" o "documentale", sufficiente ai fini dell'integrazione delle clausole in un contratto (anche se sottoscritto tra professionisti e imprenditori) e una "trasparenza sostanziale", che richiede che «l'informazione fornita permetta al consumatore di percepire che si tratta di una clausola che definisce l'oggetto principale del contratto, che incide o può incidere sul contenuto della sua obbligazione di pagamento ed essere in possesso dell'informazione reale e adeguatamente completa del ruolo che gioca o può giocare nell'economia del contratto»³².

La Corte Suprema individua con la sentenza n. 241/2013, del 9 maggio una serie di criteri che hanno permesso di formare il giudizio di valore che le clausole analizzate non erano trasparenti. Tali parametri sono i seguenti: assenza di una simulazione di scenari possibili; mancanza di informazione del costo comparativo per garantire la variazione dell'interesse o di altri prestiti; informazione insufficiente nella fase di negoziazione rispetto ai limiti della variabilità dell'interesse minimo; l'entità bancaria non ha attribuito a tale clausola l'importanza determinante che aveva per l'economia del contratto, considerato che una formulazione chiara della stessa non era sufficiente; infine, le clausole comparivano mascherate tra informazioni immensamente esaustive che ne ostacolavano l'identificazione gettando ombre su ciò che, esaminato separatamente, sarebbe risultato chiaro. Specialmente in quei casi in cui le sfumature che introducevano l'oggetto avvertito dal consumatore come il principale poteva essere alterato in modo rilevante³³. Tuttavia, la Corte Suprema, nell'Ordinanza del 3 giugno 2013³⁴, chiarisce che non si tratta di un elenco esauriente di circostanze da prendere in considerazione escludendone altre né che non si possa concludere che la presenza isolata

³⁰ §197.

³¹ F. Pertíñez Vílchez, *Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario*, in *InDret* 3/2013, pag. 4.

³² § 211, STS n. 241/2013, del 9 maggio (RJ 3088).

³³ §§ 212 e 225 e settimo comma del dispositivo della STS n. 241/2013, del 9 maggio (RJ 3088).

³⁴ RJ 3617.

di una, o alcune, sia sufficiente per considerare non trasparente la clausola ai fini del controllo di abusività eventuale.

La Corte Suprema, nella sentenza pronunciata dalla Seduta Plenaria l'8 settembre 2014³⁵, con relatore il Magistrato Sig. Orduña Moreno, torna a incidere sul percorso del controllo della trasparenza e sottolinea che «si caratterizza per essere un controllo di legalità al fine di stabilire, in primo luogo, che la clausola contrattuale disposta si riferisce in modo diretto alla comprensione reale, non formale, degli aspetti fondamentali del contratto nel quadro della regolamentazione stabilita, in modo che il consumatore e utente venga a conoscenza e comprenda le conseguenze giuridiche che, in base al prodotto o la servizio offerto, ne conseguono, sia in merito alla gravosità o al sacrificio patrimoniale che implica in realtà il contratto stipulato per il consumatore, sia alla posizione giuridica che effettivamente presuppone sulle questioni fondamentali originate dall'oggetto e dall'esecuzione del contratto».

Enfatizzano in seguito, rispetto al controllo della trasparenza le sentenze della Corte Suprema del 24 e 25 marzo, 29 aprile e 23 dicembre 2015³⁶, 8 giugno 2017³⁷ o 4 febbraio 2020³⁸, tra molte altre, mentre nella sentenza n. 138/2015, del 24 marzo si indica³⁹ che «non è possibile utilizzare le clausole che, benché grammaticalmente comprensibili e redatte con caratteri leggibili, implicino in modo surrettizio un'alterazione dell'oggetto del contratto o dell'equilibrio economico in merito al prezzo e alla prestazione, che possa passare inosservata agli occhi dell'accettante medio». È importante sottolineare, inoltre, che, in base alla consolidata e uniforme giurisprudenza, i controlli di trasparenza e abusività sono inammissibili quando l'accettante è privo della qualità giuridica di consumatore⁴⁰.

La dottrina della “trasparenza sostanziale” applicabile agli elementi essenziali del contratto è stata utilizzata, inoltre, dalla giurisprudenza comunitaria. Per quanto riguarda l'obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali, la Corte ha sottolineato che tale obbligo «non

³⁵ STS 464/2014, del 8 settembre (RJ 4660). Questa sentenza annovera l'opinione divergente del Magistrato Sig. Sancho Gargallo.

³⁶ RJ 845, RJ 735, RJ 2042 y RJ 25714.

³⁷ Per tutte, la STS 367/2017 del 8 giugno (RJ 2509) e quelle citate al suo interno.

³⁸ RJ 440.

³⁹ RJ 845.

⁴⁰ SSTs n. 367/2016, del 3 giugno (RJ 2306); 30/2017, del 18 gennaio (RJ 922); 41/2017, del 20 gennaio (RJ 926); 57/2017, del 30 gennaio (RJ 371); 587/2017, del 2 novembre (RJ 4558); 639/2017, del 23 novembre (RJ 6184); 414/2018, del 3 luglio (RJ 2779); 23/2020, del 20 gennaio (RJ 66) e 80/2020, del 4 febbraio (RJ 218), tra le altre.

potrebbe essere limitato unicamente al carattere comprensibile sui piani formale e grammaticale di queste ultime, ma, al contrario, poiché il sistema di tutela istituito dalla suddetta direttiva si fonda sull'idea che il consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda, in particolare, il grado di informazione, tale obbligo di redazione chiara e comprensibile delle clausole contrattuali e, dunque, di trasparenza, introdotto dalla medesima direttiva, deve essere interpretato in modo estensivo [...]» di modo che il «consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criterio precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che ne derivano»⁴¹.

Nella recente sentenza pronunciata il 3 marzo 2020⁴², la Corte di Giustizia europea, sulla stessa lunghezza d'onda, precisa la portata del controllo di trasparenza in merito a una clausola di un contratto di mutuo ipotecario stipulato tra un consumatore e un professionista, la quale prevede che il tasso di interesse che il consumatore deve pagare varii in funzione dell'indice di riferimento fondato sui mutui ipotecari delle casse di risparmio spagnole. La Corte statuisce che, al fine di rispettare l'obbligo di trasparenza ai sensi della Direttiva, una clausola che fissa un tasso d'interesse variabile contenuta in un contratto di mutuo ipotecario «deve non solo essere intelligibile sul piano formale e grammaticale, ma anche consentire che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, sia posto in grado di comprendere il funzionamento concreto della modalità di calcolo di tale tasso e di valutare in tal modo, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sulle sue obbligazioni finanziarie». In precedenza, la Corte Suprema, nella sentenza della Seduta Plenaria del 14 dicembre del 2017⁴³, si era pronunciata in senso contrario, poiché aveva ritenuto, dopo aver analizzato la clausola che la stessa oltrepassava il canone di trasparenza, sia da un punto di vista formale che sostanziale.

⁴¹ Sentenza CGUE, 21 marzo 2013, RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV, C-92/11; 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13; 26 febbraio 2015, Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei c. SC Volksbank România SA, C-143/13; 23 aprile 2015, Jean-Claude Van Hove c. CNP Assurances SA., C-96/14; 28 luglio 2016, Verein für Konsumentenforschung c. Amazon, C-191/15; 21 dicembre 2016, Gutiérrez Naranjo e altri, C-154/15, C-307/15 y C-308/15; e 20 settembre 2017, Ruxandra Paula Andriciuc e altri c. Banca Românească SA, C-186/16.

⁴² Sentenza CGUE del 3 marzo 2020, M.G.M.G. c. BANKIA, S. A. C-125/18.

⁴³ RJ 5167.

5. *Portata della “trasparenza sostanziale”: né mero controllo formale né valutazione del contenuto della clausola*

La “trasparenza sostanziale” delle clausole che stabiliscono il prezzo e l’oggetto del contratto, secondo una giurisprudenza consolidata non si esaurisce nell’adempimento di un mero controllo formale o di integrazione che attiene alla formulazione, all’aspetto e alla disponibilità delle stipulazioni (artt. 5.5 e 7.b) LCGC e 80.1 TRLCU)⁴⁴. Di conseguenza, che la clausola risulti chiara, concreta e semplice al momento di leggerla, è rilevante ai fini di considerarla integrata al contratto, ma non è sufficiente per ritenere che la condizione generale sia trasparente nel senso, che la giurisprudenza della CGUE e della nostra Corte Suprema, attribuisce a tale requisito⁴⁵. La chiarezza e la trasparenza nella formulazione non comporta, in definitiva, che il consumatore abbia inteso, vista l’informazione fornita dal predisponente, che ruolo rivestirà la stipulazione durante la vita del contratto.

Il controllo di trasparenza non si limita soltanto ai requisiti previsti dalla normativa amministrativa in merito alla trasparenza bancaria. I requisiti stabiliti dal Decreto Ministeriale del 5 maggio 1994 sulla trasparenza delle condizioni finanziarie dei prestiti ipotecari e nel vigente Decreto EHA/2899/2011, del 28 ottobre, sulla trasparenza e sulla tutela del cliente dei servizi bancari, che abroga il precedente, sono insufficienti per assicurare la trasparenza delle clausole. Di fatto, la Corte Suprema ha dichiarato la nullità della “clausola floor” nonostante non sia stata accertata l’inosservanza del citato Decreto del 1994⁴⁶.

L’adempimento di questo speciale dovere di trasparenza non riguarda l’intervento del notaio, con la lettura della scrittura pubblica e prendendo atto che non esistono discrepanze tra le condizioni finanziarie dell’offerta vincolante del prestito e le clausole finanziarie dell’atto sottoscritto⁴⁷.

⁴⁴ La STS 241/2013, del 9 maggio (RJ 3088) ha stabilito che l’adempimento dei requisiti di trasparenza documentale della clausola che è stata presa in considerazione separatamente, requisiti richiesti per l’integrazione delle condizioni generali del contratto, è insufficiente per eludere il controllo di abusività di una clausola non negoziata individualmente, malgrado descriva o si riferisca alla definizione dell’oggetto principale del contratto, qualora non sia trasparente (§ 215). Sulla stessa linea, STS n. 464/2014, del 8 settembre (RJ 4660) o 593/2017, del 7 novembre (RJ 4759);

⁴⁵ STS n. 186/2018, del 5 aprile (RJ 1659), Fondamento di Diritto quinto, § 2.

⁴⁶ STS n. 241/2013, del 9 maggio (RJ 3088).

⁴⁷ In tal senso, le SSTS n. 464/2014, del 8 settembre (RJ 4660). 36/2018, del 24 gennaio (RJ 182) e 186/2018, del 5 aprile (RJ 1659),

La giurisprudenza incrementa le esigenze previste dalla trasparenza e impone al predisponente il dovere di informazione qualificato che permette all'accettante di «venire a conoscenza in modo semplice sia dell'onere finanziario che implica in realtà il contratto stipulato, cioè, il sacrificio patrimoniale effettuato in cambio della prestazione economica che vuole conseguire, sia l'onere giuridico dello stesso, ovvero, la chiara definizione della posizione giuridica sia per quel che riguarda gli elementi tipici del contratto stipulato, sia per l'assegnazione dei rischi che comporta lo sviluppo dello stesso»⁴⁸. Tale dovere di “trasparenza sostanziale” implica, in questo modo, che il consumatore disponga, prima della stipula del contratto, di un'informazione comprensibile sulle condizioni contrattate e le conseguenze di tale stipula⁴⁹.

Il trattamento riservato dai nostri tribunali a questo nuovo meccanismo di controllo delle clausole non negoziate si è tradotto, di recente, in diritto positivo, con l'approvazione della Legge 5/2019, del 15 marzo, sulla regolamentazione dei contratti di credito immobiliare, tra i cui obiettivi c'è quello di rafforzare la trasparenza e la comprensione dei contratti e delle clausole che li compongono. Come indicato nelle Motivazioni, «tra le novità della Legge viene stabilita una regolamentazione dettagliata della fase precontrattuale (...) con l'obiettivo di garantire che il mutuatario abbia a propria disposizione l'informazione necessaria per poter comprendere in modo integrale l'onere finanziario e giuridico del prestito che sta contrattando e che, di conseguenza, possa essere considerato soddisfatto il principio di trasparenza nel suo aspetto sostanziale». A tal fine, la Legge stabilisce l'obbligo del creditore, dell'intermediario del credito o del rappresentante legale designato, di fornire al mutuatario o potenziale mutuatario, con un preavviso di almeno dieci giorni di calendario rispetto al momento della firma del contratto, una serie di documenti e di spiegazioni (art. 14): allo stesso tempo, prevede che il mutuatario dovrà comparire dinanzi a un notaio nominato da lui ai fini di ottenere una consulenza diretta appropriata (art. 15).

⁴⁸ Per tutte si veda, la STS 367/2017 del 8 giugno (RJ 2509) e quelle citate al suo interno.

⁴⁹ La STS n. 48/2020, del 22 gennaio (RJ 58) considera soddisfatti i requisiti di informazione precedente alla conclusione del contratto nei confronti di una “clausola floor”, ragion per cui respinge l'impugnazione presentata sulla base della mancanza di trasparenza.

6. *L'integrazione delle clausole non trasparenti come criterio determinante per la nullità di pieno diritto*

L'effetto dell'inadempimento del dovere di trasparenza riguardante le clausole relative all'oggetto contrattuale, come si evince dall'art. 4.2 della Direttiva 93/13/CEE, è il rispetto del controllo di abusività⁵⁰. In quest'ottica, la giurisprudenza spagnola ha stabilito che l'integrazione di una clausola in violazione del dovere di trasparenza non ne determina "di per sé" il carattere abusivo, però permette di sottoporre quelle stipulazioni che contribuiscono a definire l'oggetto principale del contratto al giudizio di abusività⁵¹. Il controllo di trasparenza qualificato porta, così, in base alla giurisprudenza della Corte Suprema, a quello di abusività.

Sarebbe necessario puntualizzare, comunque, in che cosa consista l'importante sbilanciamento, contrario alla buona fede, a danno del consumatore, che provoca la mancanza di trasparenza⁵². La STS n. 138/2015, del 24 marzo⁵³ stabilisce che «tali condizioni generali possono essere dichiarate abusive se il difetto di trasparenza provoca in modo surrettizio un'alterazione non tanto dell'equilibrio oggettivo tra prezzo e prestazione, che in linea di massima non può essere controllato dal giudice, ma dall'equilibrio soggettivo del prezzo e della prestazione, ovvero, così come il consumatore ha potuto interpretare in considerazione delle circostanze concomitanti nella contrattazione». In particolare, in merito alle "clausole floor", che, come già detto, sono state quelle che i nostri tribunali hanno esaminato con maggior frequenza, la giurisprudenza afferma che «la mancanza di trasparenza nel caso di questo tipo di condizioni generali provoca uno squilibrio sostanziale a danno del consumatore, che è

⁵⁰ Sulle conseguenze determinate dall'inadempimento del dovere di trasparenza nell'ordinamento italiano v. F. DI GIOVANNI, «*Clausole abusive: difetto di trasparenza e valutazione di vessatorietà delle clausole predisposte nei contratti del consumatore*, in *Responsabilità, Comunicazione, Impresa*, 1996-1. pagg. 41-56 e G. MARCATAJO, *Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive*, in *Europa e Diritto Privato*, 2000-3. pagg. 751-803.

⁵¹ La STS n. 241/2013, del 9 maggio (RJ 3088) e quelle successive che ne hanno applicato la dottrina mettono in relazione la mancanza di trasparenza con il carattere abusivo delle clausole. Nella sentenza n. 71/2020, del 4 febbraio (JUR 50358), la Corte Suprema delibera che «per quanto riguarda le conseguenze della mancanza di trasparenza, abbiamo già ribadito con diverse risoluzioni che è possibile che una condizione generale inserita in un contratto stipulato con un consumatore, pur non essendo trasparente, non sia abusiva, visto che la mancanza di trasparenza non implica necessariamente che le condizioni generali risultino sbilanciate».

⁵² Cfr. F. Pertúñez Vélchez, *Falta de transparencia...cit.*, pag. 5. Per A. CAÑIZARES LASO (*Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo*, in *Revista de Derecho Civil*, vol. II. n. 3, luglio-settembre, 2015, Estudios, pag. 95), non sembra necessario stabilire un automatismo che colleghi la mancanza di trasparenza alla condizione di clausola abusiva, dal momento che il controllo del contenuto presuppone un'analisi della clausola il cui parametro di giudizio è la buona fede e lo squilibrio dei diritti e dei doveri delle parti che forse non tutta la mancanza di trasparenza causa.

⁵³ RJ 845. Fondamento di Diritto terzo, § 3.

oggettivamente incompatibile con i requisiti di buona fede, che consiste nell'impossibilità di rispecchiare fedelmente l'impatto economico che comporta ottenere il prestito con clausola floor nel caso in cui l'indice di riferimento subisca una contrazione, per cui oltretutto il consumatore si vede privato della possibilità di fare un confronto adeguato tra le diverse offerte esistenti sul mercato (tra tutte si rimanda alla sentenza n. 367/2017, del 8 giugno⁵⁴, e quelle citate al suo interno).

Da parte sua, la CGUE, nella sentenza del 26 gennaio 2017⁵⁵, stabilisce che il carattere abusivo di una clausola relativa all'oggetto del contratto che non soddisfi i requisiti di trasparenza dell'art. 4.2 della Direttiva dipenderà dal risultato del confronto tra il prezzo del contratto e il prezzo medio di mercato nel momento in cui si è concluso il prestito.

Di recente, il legislatore spagnolo, nell'interesse della sicurezza giuridica e per venire incontro alla richiesta della dottrina scientifica⁵⁶, ha adottato una decisione esplicita in merito alle conseguenze determinate dall'inadempienza del dovere di trasparenza. Effettivamente, la Legge 5/2019, del 15 marzo, sulla regolamentazione dei contratti di credito immobiliare ha direttamente collegato il vizio di trasparenza con la nullità di pieno diritto delle clausole, stabilendo che «le condizioni integrate in modo non trasparente nei contratti a danno dei consumatori saranno considerate nulle di pieno diritto»⁵⁷. Tale norma, a mio modo di vedere in modo adeguato, definisce i limiti del controllo di trasparenza rispetto al controllo di contenuto o di abusività, e in questo modo, constatato che l'integrazione di una clausola del contratto è stata realizzata senza soddisfare i requisiti del dovere di “trasparenza sostanziale”, tale stipulazione dovrà essere considerata automaticamente nullo di pieno diritto, a prescindere dal fatto che il contenuto intrinseco sia o meno conforme alla buona fede e all'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti. Con la normativa vigente, quindi, la conseguenza giuridica

⁵⁴ RJ 2509.

⁵⁵ Banco Primus S.A. c. Jesús Gutiérrez García, C-421/14.

⁵⁶ Sulla necessità di questa riforma legale, cfr. S. CÁMARA LAPUENTE, *¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (Pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Ottobre 2013), Vol. 5, N° 2, pagg. 226 e ss e N. FENOY PICÓN, *El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in ADC, tomo LXXI, 2018, fasc. III, pag. 1043.

⁵⁷ Tali termini trovano attualmente riscontro negli artt. 5.5 della LCGC e nel paragrafo secondo dell'art. 83 del TRLCU, a seguito della riforma attuata dalla Legge 5/2019 (disposizioni finali quarta e ottava).

derivata dall'inadempimento del dovere di trasparenza delle clausole relative all'oggetto principale del contratto è questa: la dichiarazione di nullità di pieno diritto senza necessità di effettuare un giudizio posteriore di abusività⁵⁸.

Viene stabilito in questo modo, un criterio di distinzione tra le clausole normative, che verranno considerate nulle di pieno diritto qualora il loro contenuto sia abusivo, e quelle relative all'oggetto principale del contratto, che verranno anch'esse sanzionate con la nullità qualora non dovessero soddisfare i requisiti di "trasparenza sostanziale". In definitiva, la clausola non trasparente verrà ritenuta nulla di pieno diritto, indipendentemente dallo squilibrio generato.

Abstract

The jurisprudence, adopting the postulates developed by scientific doctrine, some time ago, made "substantial transparency" a fundamental element to control the clauses that illustrate the main object of the contract. The flaw of transparency, beyond the non-fulfillment of formal requirements, prevents the consumer from correctly assessing the extent of the compromise that is assumed by entering into the contract. This doctrinal and jurisprudence construct is reflected in Law 5/2019, of 15th March, on the regulation of real estate credit agreements, the purpose of which is to guarantee the principle of transparency in the material aspect. The legal reform punishes the lack of transparency with full law nullity, regardless of any assessment of the unfairness of the clauses.

Cadice, novembre 2020.

⁵⁸ Questa è l'interpretazione adottata dalla Corte Suprema, nella sentenza n. 121/2020, del 24 febbraio (RJ 486), sebbene, con un pronunciamento *obiter dicta*.