



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO
DIPARTIMENTO DI STUDI UMANISTICI E SOCIALI
(DISTU)

Corso di Dottorato di Ricerca in
“Diritto dei contratti pubblici e privati” – XXV ciclo

LA TRASPARENZA DEL CONTRATTO DEL CONSUMATORE
(s.s.d. IUS/01)

Coordinatore del corso

Prof. Mario Savino

Tutor

Prof. Andrea Genovese

Dottorando:

dott. Marco Francesco

Campagna

30 giugno 2014

LA TRASPARENZA DEL CONTRATTO DEL CONSUMATORE

CAPITOLO I

DELIMITAZIONE DELLA REGOLA DI TRASPARENZA

1. INTRODUZIONE	5
2. AMBIGUITÀ DEL CONCETTO DI TRASPARENZA	6
3. L'USO DELLA FORMA PER TUTELARE IL CONTRAENTE DEBOLE	8
4. MODALITÀ E OGGETTO DELLE COMUNICAZIONI NELLA DIRETTIVA 83/2011/UE.	11
5. PER UNA SCOMPOSIZIONE ANALITICA DELL'INFORMAZIONE TRASPARENTE. DISTINZIONE TRA FORMA, INFORMAZIONE E CHIAREZZA E COMPRENSIBILITÀ.	17
6. CHIAREZZA E COMPRENSIBILITÀ DELLA CLAUSOLA: LA TRASPARENZA IN SENSO STRETTO.	21
7. APPORTO INNOVATIVO DELLA REGOLA RISPETTO ALLA SISTEMATICA ORIGINARIA DEL CODICE CIVILE	24

CAPITOLO II

LA REGOLA DI TRASPARENZA DEL CONTRATTO CONCLUSO DAL CONSUMATORE: L'ART. 35 DEL CODICE DEL CONSUMO

SEZIONE I

LA TRASPARENZA IN SENSO STRETTO, ART. 35, C. 1, COD. CONS.

1. L'ART. 35 DEL CODICE DEL CONSUMO, UNITÀ O PLURALITÀ DI NORME.	29
2. IMPOSSIBILITÀ DI PREDICARE LA NULLITÀ DELLA CLAUSOLA NON TRASPARENTE: IL DOVERE DI CHIAREZZA E COMPRENSIBILITÀ COME REGOLA DI COMPORTAMENTO.	36
3. LA REGOLA DI TRASPARENZA COME RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE OGGETTIVA.....	44
4. TRASPARENZA E VESSATORIETÀ.....	51
5. SUL SIGNIFICATO DI "CHIARO E COMPRENSIBILE".....	57
6. ALCUNI REQUISITI DI UN TESTO TRASPARENTE.	62
7. ..SEGUE: SULL'ESTENSIONE APPLICATIVA DELLA REGOLA DI TRASPARENZA: LE CLAUSOLE PREFORMULATE, I CONTRATTI IN FORMA SCRITTA.....	66
8. LA TRASPARENZA DEL CONTRATTO CONCLUSO DAL CONSUMATORE NELL'ORDINAMENTO TEDESCO.	69

SEZIONE II

TRASPARENZA E INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO CONCLUSO DAL CONSUMATORE

1. NATURA INTERPRETATIVA DELL'ART. 35, COMMA 2, COD. CONS.	73
2. IL CANONE DELL' <i>INTERPRETATIO CONTRA STIPULATOREM</i> DI CUI ALL'ART. 1370 C.C.	77
3. COORDINAMENTO SISTEMATICO DELL'ART. 35, COMMA 2 COD. CONS. CON IL CANONE DELL' <i>INTERPRETATIO CONTRA STIPULATOREM</i>	78
4. RIAfferMAZIONE DELLA CENTRALITÀ DEL CONSUMATORE.	80
5. RICONSIDERAZIONE DELL'ART. 35, COMMA 2: L'INTERPRETAZIONE PIÙ FAVOREVOLE AL CONSUMATORE.....	85
6. L'INTERPRETAZIONE PIÙ FAVOREVOLE AL CONSUMATORE E GLI ALTRI CRITERI D'INTERPRETAZIONE OGGETTIVA.	88
7. ..SEGUE: IN PARTICOLARE I RAPPORTI CON IL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO. ..	93
8. ..SEGUE: E QUELLI CON LE PRATICHE GENERALI INTEPRETATIVE.....	97
9. L'INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO DEL CONSUMATORE IN UNA PROSPETTIVA SOVRASTATALE. I PRINCIPI DELLA COMMISSIONE LANDO.....	104

CAPITOLO III

LA TRASPARENZA NELLE ALTRE LEGGI SETTORIALI. EMERSIONE DEL PRINCIPIO

1. LA TRASPARENZA NEI CONTRATTI BANCARI.	118
2. LA TRASPARENZA NEI CONTRATTI FINANZIARI.	123
3. LA TRASPARENZA NEI CONTRATTI ASSICURATIVI.	129
4. EMERSIONE DELLA REGOLA DI TRASPARENZA DELLE CLAUSOLE (O DEL CONTRATTO) NELL'ORDINAMENTO: UN PRINCIPIO SETTORIALE.	134
5. APPLICAZIONE ANALOGICA DEL RICAVATO PRINCIPIO DI TRASPARENZA DEL CONTRATTO DEL CONSUMATORE AI CONTRATTI TRA PROFESSIONISTI?	142
6. VERSO IL <i>RATING</i> , IL <i>LABELING</i> ED IL <i>WARNING BOX</i> DELLE CLAUSOLE.	145

<i>Bibliografia</i>	154
---------------------------	-----

CAPITOLO I

Delimitazione della regola di trasparenza

1. Introduzione

Il mercato è tanto più efficiente quanto più i soggetti vi operano in modo consapevole¹. È però un dato di fatto che la circolazione di beni e servizi avviene tra parti che sono in posizioni diverse: si danno tra esse asimmetrie d'informazione ed asimmetrie cognitive². Ciò porta, mercé il superamento del contrattualismo assoluto³, le moderne legislazioni a farsi tutrici di soggetti deboli. La massa indistinta di individui deboli si divide in categorie di consumatori, raggruppati dalla legge in funzione di tipi di merce⁴. Assumono rilievo primario le “oggettività posizionali”, cioè quei parametri che, non lasciandosi ridurre a singolarità psicologiche, possono essere condivisi da più individui⁵.

La tutela apprestata dall'ordinamento alle parti deboli si esprime fuori dal contratto e dentro al contratto⁶. Lo strumento principale di cui si serve il diritto è quello della trasparenza; termine, quest'ultimo, che può essere

¹ Oggi l'assunto è acquisito nelle nostre scienze economiche. Per la completa disamina teorica, non si può che rinviare a G. AKERLOF, *The market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly of Economics*, vol. 84, 3, 1970, pagg. 488 e ss.

² Una bella analisi sulle cause delle asimmetrie informative e sugli effetti delle stesse sul regolamento contrattuale è svolta da A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pagg. 555 e ss.

³ Per “contrattualismo assoluto” s'intende quello in cui si presuppone che le parti compongano i loro interessi in posizione di parità; ivi il libero mercato sarebbe per sé sufficiente a creare la miglior allocazione delle risorse. La locuzione è presa da G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, pag. 26; il quale, fra l'altro, avverte che la storia insegna essere le posizioni dei contraenti nel *nexus of contracts* difformi, e che, da questa difformità, deriva la prevaricazione del contraente più forte. Suggestive, perché testimoni di salda fede nel contrattualismo, appaiono qui le parole che F. CARNELUTTI poneva ad apertura di *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, pag. 15: «la libertà della circolazione si risolve nella sua contrattualità».

⁴ N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma – Bari, 2007, pag. 73, osserva in modo icastico: «Le merci sono criterio di determinazione, scompongono la massa in categorie, queste collocano in luoghi dello spazio e punti del tempo, suscitano forme proprie di disciplina legislativa».

⁵ Di “parametri posizionali” e poi, a mo' di sinonimo, di “oggettività posizionali” parla A. SEN, *L'idea di giustizia*, Milano, 2010, pag. 169. L'A. porta ad esempio la conoscenza e l'ignoranza di una determinata lingua, la capacità o l'incapacità di contare di un gruppo di persone ecc.

⁶ Quando il contratto smette di essere luogo di composizione d'interessi tra pari, «l'ordine giuridico corregge tale turbativa, cercando di riequilibrare le posizioni contrapposte»; è quanto insegna G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pag. 27.

declinato in duplice modo, appunto: trasparenza del mercato e trasparenza del contratto. Là dove la prima si fa funzionale alla seconda⁷, sicché quest'ultima viene tradizionalmente intesa come un valore-mezzo e non come un valore-fine⁸.

Se "trasparenza del mercato" vuol dire soprattutto circolazione delle informazioni, si vedrà che la trasparenza del contratto assume, a rigore, un significato diverso.

Nel condurre la ricerca si prenderà a riferimento la sola trasparenza del contratto e si userà, quale metodo d'indagine, quello di analisi del dato positivo⁹.

2. Ambiguità del concetto di trasparenza

La parola trasparenza è entrata nel lessico legislativo in materia contrattuale sul finire degli '80. Salutata come una sorta di formula magica idonea ad illuminare «settori che sembrano connotati dalle impenetrabilità e

⁷ Cfr. L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri e E. Caterini, II, Napoli, 2005, pagg. 127 e ss.

⁸ E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1997, I, pag. 101.

⁹ La ricerca tiene dunque da parte la prospettiva, che anche si avverte come interessante, propria dell'analisi economica del diritto. Siffatta scelta è dettata dall'esigenza di cercare una ricostruzione teorica della trasparenza all'interno dell'ordinamento, che dia, o, almeno, cerchi di dare, all'interprete una linea orientativa, muovendo da un dato testuale ricco, sui presupposti e gli effetti dell'enunciata regola all'interno del contratto.

Lo scritto condivide con un altro metodo, quello della *behavioral law and economics*, la conclusione dell'avvenuto passaggio da un concetto di trasparenza legato al dovere di far conoscere ad un concetto di trasparenza legato al dovere di far comprendere. Sono invece lasciate a studi di economia comportamentale, e dunque non prese in considerazione in queste sede, le indagini sulle condotte razionali – irrazionali dei consumatori. Per una introduzione alla *behavioral law and economics* si rinvia a S. ISSACHAROFF, *Can There Be a Behavioral Law and Economics?*, 51 *Vand. L. Rev.* 1729, 1998, pagg. 1735 e ss.; C. CAMERER, *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"*, 151 *U. Pa. L. Rev.* 1211, 2003, pagg. 1254 e ss.; J. KLICK – G. MITCHELL, *Government Regulation of Irrationality: Moral and Cognitive Hazards*, 90 *Minn. L. Rev.* 1620, 2006; J.D. WRIGHT – D. H. GINSBURG, *Behavioral law and economics: its origins, fatal flaws, and implications for liberty*, 106 *Northwestern University Law Review* 3, 2012, pagg. 1033 e ss. Per un resoconto nella letteratura italiana R. CATERINI, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, pagg. 784 e ss.; E. BAFFI, «*Mental budget*»: *clausole inefficienti o scelte del consumatore*, in *Riv. c. dir. priv.*, 2013, pagg. 305 e ss., ove ben è detto che il *behavioral law and economics*: «mette in evidenza che il consumatore, una volta utilizzate le somme presenti nel budget mentale per l'acquisto di un certo bene, non vuole più spendere ulteriormente per quel bene ed è invece disposto a sopportare sforzi o perdite di tempo o assunzione di rischi per risparmiare su quella spesa e acquistare altri beni dello stesso tipo con i risparmi che così ottiene.. nonostante che ciò comporti l'inserimento di clausole tradizionalmente considerate come inefficienti» (pag. 312).

dal mistero»¹⁰, ha trovato applicazione, prima che altrove, in materia bancaria. E' noto infatti che già la proposta di legge n. 3617 del 1986 c.d. "Minervini" contenesse disposizioni per salvaguardare la trasparenza delle operazioni bancarie. Disposizioni sulla trasparenza che trovarono poi apposita collocazione nel canovaccio dispositivo della legge n. 154 del 1992 recante «*Norme per la trasparenza dei servizi bancari e finanziari*». Ivi, segnatamente, all'art. 3 si prevedeva l'obbligo di redazione scritta dei contratti e di consegna di una copia al cliente e, all'art. 8, si disponeva che l'informazione al cliente dovesse essere «*completa e chiara*».

Il concetto di trasparenza appariva fin dall'inizio della sua recente storia legato alla forma del contratto, alla completezza dell'informazione ed alla chiarezza della stessa. Insomma, la trasparenza quale mezzo per tutelare l'effettiva conoscenza da parte del cliente (parte debole del rapporto contrattuale), era il contenitore in cui riversare tutte quelle manifestazioni che si ponessero d'ostacolo a codesta conoscenza. Senonché questa operazione di *reconductio ad unitatem* di diversi obblighi gravanti sulla parte forte del rapporto contrattuale se, da un lato, ha contribuito a creare una formula magica, dall'altro, non ha facilitato l'individuazione di uno statuto logico-giuridico del concetto¹¹.

Prima di andar oltre occorre allora chiedersi cosa sia l'obbligo di forma, cosa sia l'obbligo d'informazione e cosa l'obbligo di chiarezza, avvertendo fin d'ora che questi, nella legislazione e, talvolta, anche tra i nostri autori, paiono ancora intrecciarsi ed esser tutti indistintamente ricondotti alla trasparenza.

¹⁰P. RESCIGNO, *Trasparenza bancaria e diritto comune dei contratti bancari e finanziari*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1990, I, pagg. 297 e 298.

¹¹ L'intrecciarsi nel concetto di trasparenza di diversi profili di criticità, pur con diversità di sfumature, era già colto da G. ALPA, *La «trasparenza» nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, pagg. 411 e ss.; A.A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1992, I, pagg. 381 ss.; A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1992, pagg. 422 e ss.. Più di recente, con riguardo alla trasparenza nei contratti conclusi dal consumatore, si vedano in particolare E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *I contratti*, 2011, soprattutto pag. 977; S. PAGLIANTINI, voce *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir., Annali V*, Milano 2012, pagg. 1280 e ss., P. GAGGERO, *Trasparenza del contratto e rimedi in autotutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, pagg. 461 e ss.

3. L'uso della forma per tutelare il contraente debole

Nel nostro ordinamento la forma scritta è sempre stata considerata, tra l'altro, come uno strumento di garanzia del consenso¹². A riprova di quanto si dice è richiesta la forma scritta per la validità degli atti che si ritiene possano avere maggior importanza, come ad esempio quelli aventi riguardanti i beni immobili (art. 1350 c.c.). Ancora, l'art. 1341, c. 2, c.c. affida alla specifica approvazione per iscritto l'efficacia di alcune clausole vessatorie¹³.

Il formalismo di matrice codicistica, legato soprattutto al piano della fattispecie, ha tuttavia presto mostrato una sua insufficienza, così ha preso spazio, con particolare riguardo alla materia consumeristica, un neoformalismo¹⁴ della legislazione dell'Unione Europea e di quella di settore che avvolge tanto il regolamento contrattuale quanto le informazioni pre e post-negoziali¹⁵. Un formalismo, è stato osservato, che si riferisce più genericamente rispetto a quello di matrice classica anche a quelle manifestazioni che precedono o seguono la conclusione del negozio, riguardando, da un lato, la fase procedimentale che conduce all'atto, dall'altro, le specifiche situazioni che intervengono nel corso del rapporto¹⁶.

¹² E' sterminata la letteratura in materia di forma. Tra alcuni contributi divenuti ormai classici nella nostra dottrina, si vedano in particolare: E. BETTI, *La forma degli atti nel diritto internazionale privato*, in *Riv. notariato*, 1959, pagg. 230 e ss.; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, pagg. 990 e ss.; A. ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1961, pag. 560 e ss.; N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985; A. LISERRE, *Forma degli atti (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989; A. PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, in *Dig. discipline priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992; pagg. 442 e ss.

¹³ Ampie notazioni al riguardo sono in M. NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, v. III, Napoli, 1972, pag. 562.

¹⁴ Premonitrice al riguardo la parola di N. IRTI, *Idola libertatis*, cit., pag. 36: «è verosimile che in corso di tempo, caduto l'ossequio per il codice civile, il formalismo delle leggi speciali si estenderà alle fonti del rapporto. Allora il controllo reciproco delle parti sarà assistito o sostituito dal vincolo della forma. La diagnosi ed il pronostico non sarebbero completi, se non si osservasse che le leggi speciali, introduttrici del formalismo, compongono conflitti tra vaste classi sociali... Il neo-formalismo si viene, dunque, precisando come regime di atti unilaterali di massa».

¹⁵ Da ultimo la riflessione è ben svolta in R. FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contr. e imp. Europa*, 2012, pag. 585.

¹⁶ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. dir. priv. eur.*, diretto da N. Lipari, v. III, Padova, 2003, pag. 249.

Di talché il requisito di forma si specifica, nella normativa di derivazione europea, nel suo tratto protettivo di un contraente presunto debole¹⁷.

La “nuova forma” assume per questa via un significato diverso a seconda dei vari contesti in cui è utilizzata¹⁸.

In alcune previsioni la stessa è considerata, nella sua accezione tradizionale, quale *requisito strutturale* dell'accordo, la cui violazione determina la nullità del contratto.

In questo modo si atteggia il requisito di forma nei rapporti bancari (art. 117, c. 3, t.u.b.)¹⁹, nel contratto quadro relativo ai servizi di pagamento (art. 126 – *quinquies*, c. 1, t.u.b.)²⁰, nei contratti relativi alle prestazioni di servizi di investimento (art. 23, c. 1, t.u.f. e art. 37, c. 1, reg. int. fin.)²¹. Allo stesso modo la forma è requisito per la validità del contratto di affiliazione commerciale (art. 3, c. 1, l. n. 129/2004)²², di quello di subfornitura (art. 2, c. 1, l. n. 192/1998)²³ e infine di quello di multiproprietà (art. 72, c. 1, cod. cons.)²⁴.

¹⁷ Per diffusi ed incisivi rilievi sul punto cfr. F. ADDIS, «*Neoformalismo*» e tutela dell'imprenditore debole, in *Obb. e contr.*, 2012, pagg. 9 e ss., il quale nota – proseguendo le notazioni di G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, pag. 37 – anche la capacità selettiva di questa nuova forma relativamente alle modalità di perfezionamento del contratto e l'influenza della stessa sulla “procedimentalizzazione” del contratto.

¹⁸ L'impossibilità di ricondurre le formalità poste a protezione di un contraente debole ad un genere omogeneo, è notata anche da S. POLIDORI, *Forme legali poste a tutela dei consumatori: funzioni e discipline*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, pagg. 119 e ss. Lo stesso A., tuttavia, include nelle forme anche la chiarezza e comprensibilità del testo (pag. 120).

¹⁹ Così dispone l'art. 117 del t.u.b. ai primi tre commi: «1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. 2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma. 3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo».

²⁰ L'art. 126-*quinquies* rimanda infatti alla disciplina dell'art. 117 del t.u.b.

²¹ L'art. 23 del t.u.f. al comma 1 dispone: «I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso il servizio di cui all'articolo 1, comma 5, lettera f), e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo».

²² «Il contratto di affiliazione commerciale deve essere redatto per iscritto a pena di nullità».

²³ «Il rapporto di subfornitura si instaura con il contratto, che deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità. Costituiscono forma scritta le comunicazioni degli atti di consenso alla conclusione o alla modificazione dei contratti effettuate per telefax o altra via telematica. In caso di nullità ai sensi del presente comma, il subfornitore ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute

In altri casi si parla di “*forma modulo*” per indicare quando la stessa si collega non già al contratto, bensì alle vicende antecedenti o successive alla sua stipula²⁵. Il formalismo si configura in questo modo quando ad esempio è prevista la consegna dell’opuscolo informativo (art. 124, c. 2, t.u.b.), la pubblicazione di un prospetto (art. 100 *bis*, c. 3, t.u.f.) o la consegna di una bozza del contratto (art. 124, c. 4, t.u.b.).

Si avrebbe in queste ipotesi una *forma di protezione* comunque volta a preservare l’integrità del consenso della parte debole del rapporto, talvolta atteggiandosi in via preventiva rispetto alla conclusione dell’accordo, talaltra in via successiva²⁶. Con il che, la mancanza delle ridette prescrizioni di

in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto. 2. Nel caso di proposta inviata dal committente secondo le modalità indicate nel comma 1, non seguita da accettazione scritta del subfornitore che tuttavia inizia le lavorazioni o le forniture, senza che abbia richiesto la modificazione di alcuno dei suoi elementi, il contratto si considera concluso per iscritto agli effetti della presente legge e ad esso si applicano le condizioni indicate nella proposta, ferma restando l'applicazione dell'articolo 1341 del codice civile».

²⁴ Il neoformalismo pervade in particolar modo la disciplina sulla multiproprietà. Al riguardo l’art. 72 cod. cons. dispone: «*Il contratto deve essere redatto per iscritto, a pena di nullità, su carta o altro supporto durevole, nella lingua italiana e in una delle lingue dello Stato dell'Unione europea in cui il consumatore risiede oppure di cui è cittadino, a sua scelta, purchè si tratti di una lingua ufficiale della Unione europea.*

2. Nel caso di un contratto di multiproprietà relativo a un bene immobile specifico, è fatto obbligo all'operatore di fornire al consumatore anche una traduzione conforme del contratto nella lingua dello Stato dell'Unione europea in cui è situato l'immobile.

3. In ogni caso, per qualsiasi tipo di contratto disciplinato dal presente Capo, all'operatore che svolge la propria attività di vendita nel territorio nazionale è fatto obbligo di fornire al consumatore il relativo contratto anche nella lingua italiana.

4. Le informazioni di cui all'articolo 71, comma 1, costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto e non possono essere modificate salvo qualora vi sia l'accordo esplicito delle parti oppure qualora le modifiche siano causate da circostanze eccezionali e imprevedibili, indipendenti dalla volontà dell'operatore, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate neanche con la dovuta diligenza. Tali modifiche, indicate espressamente nel contratto, sono comunicate al consumatore su carta o altro supporto durevole a lui facilmente accessibile, prima della conclusione del contratto.

5. Il contratto contiene, oltre alle informazioni di cui all'articolo 71, comma 1, i seguenti ulteriori elementi:

a) l'identità, il luogo di residenza e la firma di ciascuna delle parti;

b) la data e il luogo di conclusione del contratto.

6. Prima della conclusione del contratto l'operatore informa il consumatore sulle clausole contrattuali concernenti l'esistenza del diritto di recesso, la durata del periodo di recesso di cui all'articolo 73 e il divieto di versare acconti durante il periodo di recesso di cui all'articolo 76, le quali devono essere sottoscritte separatamente dal consumatore. Il contratto include un formulario separato di recesso, come riportato nell'allegato II-sexies, inteso ad agevolare l'esercizio del diritto di recesso in conformità all'articolo 73.

7. Il consumatore riceve una copia o più copie del contratto all'atto della sua conclusione».

²⁵S. PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs. n. 141/10, n. 97/11 e la dir. 2011/83/UE: una nozione (già) vieille renouvelée*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2012, pag. 327.

²⁶ Alla procedimentalizzazione della forma fa riferimento in particolare E. CESÀRO, *La forma non del contratto, ma del procedimento contrattuale*, in *Diritto comunitario e sistemi*

forma non importerebbe la nullità dell'accordo, quanto semmai sanzioni più specifiche che il legislatore si preoccupa di dettare di volta in volta²⁷.

Gli autori tendono infine ad isolare la formalità informativa relativa al diritto di recesso (in particolare si vedano gli artt. 47 per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali e 53 cod. cons. per i contratti negoziati a distanza; la direttiva 83/2011/UE; nonché gli artt. 172 e 177 del cod. ass. per i contratti di assicurazione), ove la parte debole del rapporto contrattuale va informata del diritto di recedere con una veste grafica separata dalle altre clausole contrattuali e con caratteri tipografici uguali o superiori²⁸. Anche in questo caso si è di fronte non esattamente ad un vincolo di forma per la validità del contratto, quanto ad un requisito che deve permeare il singolo atto.

Alla luce di quanto detto, pare ormai diffuso il rilievo che la legislazione europea e le discipline di settore considerano una *forma* e delle *formalità informative*. Talvolta sotto il lemma “forma” si raccolgono ellitticamente la veste, il modulo e la modalità espressiva. E’ bene tuttavia notare che il fenomeno non è unitario. All’interno del neoformalismo contrattuale si rinvencono tecniche conformative tra loro diverse: la forma avvolge l’informazione dilagante, la materializza, è stato efficacemente osservato, perché sostituisce il dialogo in cui in passato si componeva l’accordo²⁹.

4. Modalità e oggetto delle comunicazioni nella direttiva 83/2011/UE

La direttiva 83/2011/UE, recepita in Italia con il d.lgs. n. 21 del 21 febbraio 2014, è emblematica di questo manifestarsi del formalismo e del

nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti, Napoli, 2010, pagg. 316 e 317.

²⁷ Per modo d’esempio, la mancanza del deposito preventivo di moduli e formulari nella stipula di un contratto di mediazione (*ex art. 5, c. 4, l. 39/1989*), non può comportare la nullità del contratto per difetto di forma, secondo Cass. 26 maggio 2011, n. 11600, in *For. it.*, 2011, pagg. 2336 e ss.

²⁸ Diffusamente S. PAGLIANTINI, *loc. ult. cit.*

²⁹ E’ ancora S. PAGLIANTINI, *cit.*, pag. 333.

consolidamento dello stesso all'obbligo di informazione, nonché alla chiarezza e comprensibilità³⁰.

L'obiettivo della disciplina è, attraverso il raggiungimento di un alto livello di protezione del consumatore, di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno.

La Direttiva si applica per ogni contratto concluso tra consumatore e professionista³¹. Vengono distinti tre diversi modi di conclusione del contratto. Sono infatti menzionati: *i*) i contratti a distanza; *ii*) i contratti conclusi fuori dai locali commerciali; *iii*) e i contratti diversi da quelli a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali. Sono stabilite le informazioni che devono essere date al consumatore ed è regolato il diritto di recesso. Per l'oggetto di questa ricerca è sufficiente soffermarsi sul primo dei menzionati aspetti³².

Nella Direttiva sembra posta una distinzione tra due differenti modi d'informazione: il primo riguarda contratti diversi da quelli conclusi a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali (art. 5); il secondo è inerente proprio ai contratti conclusi a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali (art. 6).

L'art. 5 prevede che prima che il consumatore sia vincolato da un contratto diverso da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta, il professionista deve fornire al consumatore alcune informazioni in modo chiaro e comprensibile, qualora esse non siano già apparenti dal contesto.

Nella lunga serie di informazioni che devono essere fornite al consumatore, assumono particolare importanza quelle che riguardano: le caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi (*let. a*)); l'identità del professionista (*let. b*)); il prezzo totale dei beni o servizi comprensivo delle imposte, delle spese

³⁰ Il disegno di legge di recepimento, passato in prima lettura alla Camera il 3 ottobre 2013, è sostanzialmente rimasto inalterato nel testo emendato.

³¹ Art. 3.

³² Una più completa analisi l'ho svolta in M.F. CAMPAGNA, *Transparent consumer information in Directive 2011/83/EU*, in 9 *Col. J. Eur. L. F.*, 2012, pagg. 36 e ss.

aggiuntive di spedizione, consegna o postali (*let. c*)); se applicabili, le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare il servizio e il trattamento dei reclami da parte del professionista (*let. d*)); un richiamo dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni, l'esistenza e le condizioni del servizio postvendita e delle garanzie commerciali, se applicabili (*let. e*)); la durata del contratto, se applicabile, o, se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, le condizioni di risoluzione del contratto (*let. f*)³³.

Questo obbligo d'informazione sembra sussistere sia nel caso in cui il contratto sia concluso oralmente che in quello in cui il contratto sia concluso per iscritto. In detta ultima eventualità le difficoltà maggiori potrebbero sorgere nella prova dell'adempimento dell'obbligo di informazione da parte del professionista. Ove, infatti, il contratto sia stipulato con il semplice scambio di parole, sarebbe difficile ritenere che le informazioni sopra passate in rassegna debbano essere date per iscritto. Dacché, nel caso in cui sorga contestazione, sarebbe difficile per il professionista dimostrare di aver provveduto ad informare il consumatore.

Ancora più informazioni devono tuttavia essere fornite al consumatore nel caso in cui il contratto sia concluso a distanza o negoziato fuori dai locali commerciali del professionista. L'art. 6 stabilisce, infatti, che il commerciante, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta, deve fornire al consumatore, in maniera chiara e comprensibile, ben venti diverse informazioni. Tra le più importanti, in aggiunta rispetto a quelle già menzionate dall'art. 5, sono dovute al consumatore le seguenti informazioni: il costo dell'utilizzo del mezzo di comunicazione a distanza per la conclusione del contratto quando tale costo è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base (*let. f*)); le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare i servizi e, se del caso, il trattamento dei reclami da parte

³³Cfr. L'art. 5 della Direttiva.

del professionista (*let. g*)³⁴; eventualmente, l'informazione che il consumatore dovrà sostenere il costo della restituzione dei beni in caso di recesso e in caso di contratti a distanza qualora i beni per loro natura non possano essere normalmente restituiti a mezzo posta (*let. i*); l'esistenza e le condizioni dell'assistenza postvendita al consumatore, dei servizi postvendita e delle garanzie commerciali (*let. m*); l'esistenza e le condizioni di depositi o altre garanzie finanziarie che il consumatore è tenuto a pagare o fornire su richiesta del professionista (*let. q*) ecc³⁵.

La Direttiva contiene requisiti “formali” per i contratti a distanza e quelli negoziati fuori dai locali commerciali. In particolare, l'art. 7, per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, prevede che il professionista fornisce al consumatore le informazioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, su supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole. Dette informazioni devono essere leggibili e presentate in un linguaggio semplice e comprensibile.

L'art. 8 prevede che, per quanto riguarda i contratti a distanza il professionista fornisce o mette a disposizione del consumatore le informazioni in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato in un linguaggio semplice e comprensibile. Nella misura in cui dette informazioni sono presentate su un supporto durevole, esse devono essere leggibili.

Sono in alcuni casi fatti salvi alcuni doveri addizionali di informazione previsti da altre direttive³⁶.

La Direttiva, pur elencando dettagliatamente le informazioni che devono essere date al consumatore, non dice quali sono i rimedi a disposizione di quest'ultimo nel caso in cui l'informazione manchi³⁷.

³⁴La stessa direttiva dà un modello di modulo all'allegato I (B).

³⁵Cfr. L'art. 6 della Direttiva.

³⁶In particolare l'art. 6 n. 8 fa salvo quanto previsto dalla direttiva 2006/123/CEE dalla direttiva 2000/31/CE.

³⁷Tuttavia l'art. 10 prevede il prolungamento del periodo per esercitare il diritto di recesso per il consumatore nel caso in cui non sia stata data la relativa informazione.

L'intento manifesto è infatti quello di non pregiudicare le norme nazionali sulla formazione, validità ed efficacia del contratto³⁸.

Non viene dunque detto se al consumatore spetti, nel caso di mancata informazione, un diritto al risarcimento dell'eventuale danno, o la possibilità di far valere l'invalidità del contratto o la possibilità di agire per la risoluzione di esso³⁹.

Il fatto che il legislatore non abbia stabilito nulla al riguardo deriva certamente dalla difficoltà di individuare rimedi coerenti con le legislazioni degli Stati membri dell'EU. Tuttavia, in questo modo, il tentativo di armonizzazione rischia di rimanere incompiuto. E' improbabile che gli Stati in sede di attuazione della Direttiva emanino, pur con gli inevitabili adattamenti che i diversi ordinamenti giuridici richiedono, atti legislativi tra loro omogenei.

Un ulteriore dubbio emerge dalla lettura della Direttiva. Le conseguenze che derivano dalla mancanza di informazione sono le stesse che derivano nel caso in cui manchi la forma o in quello in cui l'informazione sia data in modo non trasparente? Anche sul punto dovranno far chiarezza i legislatori nazionali. In questa sede è possibile notare che sembrano avere differenti gravità i comportamenti con cui il professionista sceglie di non dare proprio l'informazione, di non utilizzare nel darla un mezzo idoneo o quello in cui il professionista dà l'informazione ma in modo non chiaro e comprensibile. Fermo restando che la mancanza di trasparenza può avere a sua volta differenti gradi (un'informazione può essere totalmente incomprensibile per il consumatore oppure soltanto parzialmente incomprensibile), l'omissione totale dell'informazione rimane un atteggiamento più riprovevole da parte del professionista e, dunque,

³⁸ Art. 3, n. 5 già nel testo originario recitava: «*this Directive shall not affect national general contract law such as the rules on the validity, formation or effect of a contract, in so far as general contract law aspects are not regulated in this Directive*».

³⁹ Cfr. S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e diritto privato*, 2011, pagg. 870 e 871.

meritevole di una sanzione più grave rispetto al caso in cui l'informazione sia soltanto non trasparente, oppure offerta con un mezzo non idoneo⁴⁰.

Si è visto che la Direttiva ha lo scopo di favorire il corretto funzionamento del mercato interno attraverso la protezione del consumatore. L'informazione trasparente sembra essere il mezzo attraverso il quale il legislatore europeo favorisce la scelta consapevole del consumatore e, in modo indiretto, garantisce la competitività e la concorrenzialità tra gli operatori del mercato.

Su di un piano di tecnica legislativa si davano due possibilità: *i)* quella di dettare norme analitiche; *ii)* quella di enunciare soltanto alcune clausole generali. La Direttiva ha con tutta evidenza imboccato la prima delle due strade. Si possono tuttavia avanzare perplessità di duplice ordine.

Se l'obiettivo era quello di favorire una decisione consapevole del consumatore, è dubbio che l'obbligo del professionista di dare così tante informazioni dettagliate sia di effettivo aiuto. E' noto infatti che i consumatori difficilmente leggono con attenzione testi particolarmente lunghi e dettagliati⁴¹. L'eccesso d'informazione (ultra-informazione) potrebbe paradossalmente trasformarsi in un'arma a vantaggio del professionista, il quale sarebbe spinto a dare informazioni in modo eccessivo sfruttando il fatto che il consumatore non sarà incoraggiato a leggerle⁴².

Sotto altro profilo, va notato che le norme analitiche che disciplinano l'informazione rischiano di essere presto superate dalla tecnica con la quale avvengono gli scambi e dalla continua evoluzione dei mercati. Ciò potrebbe

⁴⁰ Il legislatore italiano, tuttavia, in sede di recepimento, non ha posto differenze tra la mancanza di informazione e la mancanza di chiarezza e comprensibilità.

⁴¹ Per una critica al mito dell'opportunità di leggere le informazioni contrattuali fondata sulla constatazione che i consumatori sono scoraggiati davanti a testi troppo lunghi, cfr. O. BEN-SHAHAR, *The Myth of the "opportunity to read" in contract law*, J.M. Olin Law & Economics, paper no. 415, 2008. Sul punto ci si soffermerà con maggior dettaglio alla fine dello scritto (Cap. III, § 6).

⁴² Del pericolo derivante da un eccesso di informazione avverte già V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pagg. 747 e ss.

portare il legislatore europeo a riformulare con una certa frequenza le norme che riguardano i doveri di informazione.

Infine, la rinuncia a dare un quadro di riferimento comune dei rimedi a tutela del consumatore nel caso in cui non gli venga offerta l'informazione trasparente, rischia di indebolire non poco lo scopo finale della Direttiva. Se "corretto funzionamento del mercato interno" significa anche uniformità dello stesso, è difficile capire come quest'ultima possa essere raggiunta se manca un tentativo di rendere omogenee negli stati UE le conseguenze che possono derivare dalla mancanza di informazione trasparente.

Occorre tuttavia per il prosieguo dell'indagine mettere in evidenza il metodo utilizzato dalla Direttiva. Al riguardo va ribadita l'osservazione che in essa si intrecciano in modo fin troppo evidente, secondo le cennate prospettive del diritto europeo, l'informazione, la forma ed i requisiti di chiarezza e comprensibilità. Non solo in essa è detto quali informazioni devono essere date al consumatore, su quale supporto fisico, ma anche che le informazioni devono essere rese in modo chiaro e comprensibile. Di talché sembra prender corpo un congegno unitario che si è già incidentalmente appellato con la locuzione "informazione trasparente" ma che frequentemente viene identificato *tout court* con la trasparenza⁴³.

5. Per una scomposizione analitica dell'informazione trasparente.

Distinzione tra forma, informazione e chiarezza e comprensibilità

Se, tuttavia, si equipara l'informazione trasparente (comprensiva dei requisiti di forma, dell'informazione, della chiarezza e comprensibilità) alla trasparenza, si finisce per rendere un cattivo servizio a quest'ultima e per rifiutarne la sua autonomia logica giuridica: gli effetti della mancanza di una

⁴³ Nota A. BARENGHI, *I contratti dei consumatori*, in *Il contratto in generale*, Diritto civile, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, v. III, t. II, Milano, 2009, pag. 121: «che l'espressione 'trasparenza' può risultare ambigua, riferendosi in una accezione vastissima al complesso dei controlli sull'attività contrattuale dell'impresa, mentre in senso specifico indica la chiarezza e comprensibilità della redazione del contratto (art. 35, co. 1, cod. cons.), e può estendersi a contemplare altresì gli altri vincoli di forma cui si è appena fatto riferimento (vincoli di forma in senso proprio, c.d. vincoli di forma-contenuto e doveri di informazione)».

trasparenza così intesa non sarebbero a priori pensabili, dipenderebbero bensì dal tipo di mancanza dell'atto, che si identificherebbe di volta in volta come mancanza di forma, o mancanza di informazione o, infine, mancanza di chiarezza e comprensibilità.

Le brevi notazioni fin qui fatte permettono già di considerare che la spinta del diritto europeo è a decostruire i concetti: la forma si edulcora nel neoformalismo; la trasparenza diventa un territorio dai confini incerti⁴⁴.

Il tentativo deve essere allora quello di porre delle distinzioni e per cogliere le distinzioni, ancor prima, capire il nucleo essenziale di ciascun concetto.

Muoviamo dalla forma. Questa si lega all'accessibilità materiale dell'oggetto di cognizione. Il problema di forma, che torna nei recenti interventi legislativi, si pone nell'alternativa di vincolare o meno una determinata informazione ad un supporto durevole (cartaceo, elettronico ecc.). Ed è frequente la considerazione che il diritto europeo vincoli l'informazione sempre ad una forma *latu sensu* tangibile (ma il vero tratto distintivo è la durevolezza del supporto col quale si veicola il messaggio) e mai alla parola pronunciata (intesa nella sua istaneità⁴⁵). Considerazione tuttavia che, è stato giustamente notato, pecca per eccesso: almeno per la legislazione consumeristica non si può negare la preponderanza della forma durevole, che tuttavia si accompagna a casi in cui questa forma non pare

⁴⁴ Eleganti considerazioni sulla decostruzione dei concetti ad opera del diritto europeo sono in A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 761 e ss., l'A. osserva: «è paradossale, non c'è dubbio, ma essa [la normativa di matrice europea] presuppone proprio i concetti che scardina. In quanto come detto necessariamente sussidiario, il diritto europeo presuppone le normative nazionali e i loro concetti. Perciò pur decostruendoli con le sue determinazioni spesso ad essi assai poco coerenti, però in altro senso li ricalca» (pag. 778). Sulla riconcettualizzazione del diritto dei contratti a seguito degli interventi comunitari si sofferma ampiamente F. ADDIS, *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obb. e contr.*, 2009, pagg. 869 e ss., il quale chiosa affermando che la riconcettualizzazione «passa attraverso un'integrazione degli strumenti classici del consenso esterno e di quelli, più recenti e innovativi, tesi a valutare un consenso che dovremmo indicare come "interno", purché si abbia cura di precisare che, mediante il richiamo a tale espressione, ci si allontana da quelli che erano gli oggetti di studio del consenso interno classico della dottrina tedesca, essenzialmente legati all'errore e alla divergenza tra volontà e dichiarazione, e si vuole invece sottolineare la natura "informata" e "consapevole" della manifestazione di volontà delle parti contraenti».

⁴⁵ Le precisazioni sembrano necessarie, perché il ragionamento dovrebbe essere svolto in modo diverso se, per modo d'esempio, la parola fosse oggetto di registrazione su un supporto elettronico. Qui la parola non avrebbe più il tratto dell'istantaneità, al quale il più delle volte si fa riferimento, e diverrebbe a sua volta impressa in modo duraturo. La traccia orale del segno rimarrebbe infatti ripetibile.

essere richiesta o è richiesta soltanto per la comunicazione di informazioni successivamente alla stipula del contratto (art. 53, c.1. e 67-*undecies*, c. 2, cod. cons.)⁴⁶.

Altro dalla forma è l'informazione. Il rapporto è quello che corre tra mezzo ed oggetto, il veicolo e ciò che è veicolato⁴⁷. Se quando si parla di forma si può ben fare riferimento all'accessibilità materiale di un atto, quando ci riferisce all'informazione, almeno a quella in senso stretto, si deve porre mente all'esaustività del contenuto di esso. Quando il legislatore impone di dare determinate informazioni e non altre, sta in realtà scegliendo il contenuto di una manifestazione e non il suo modo di essere esplicitata.

Tornando agli obblighi informativi previsti dalla direttiva 83/2011/UE, nulla avrebbe impedito di obbligare il professionista a rendere le informazioni oralmente, convertendosi in una questione meramente probatoria la verifica dell'adempimento dell'obbligo. Forma ed informazione mantengono dunque una loro diversità, tant'è che, posta la distanza tra i concetti, pare corretto parlare di "forma dell'informazione".

Veniamo infine *all'obbligo di chiarezza e comprensibilità*. Informazione e "chiarezza e comprensibilità" denotano fenomeni distinti. La prima, si diceva, riguarda la quantità di messaggi che devono essere dati al consumatore (esaustività), i secondi la qualità degli stessi messaggi⁴⁸. Un esempio può essere d'aiuto: è possibile che il professionista adempia i propri doveri d'informazione indicando la sua identità, le caratteristiche del prodotto, le modalità di pagamento ecc. Nel far ciò, tuttavia, potrebbe usare un linguaggio non idoneo a far comprendere al consumatore le informazioni che pure in astratto gli sono fornite. Così l'obbligo d'informazione impone il dovere di dare un messaggio, l'obbligo di "chiarezza e comprensibilità" impone di dare quel messaggio in un modo adeguato per la comprensione del consumatore. Il dovere di informazione obbliga a veicolare determinati segni linguistici nei confronti del consumatore. Chiarezza e comprensibilità descrivono il modo in cui quei messaggi devono essere dati. E' bene notare

⁴⁶S. PAGLIANTINI, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., pag. 1294.

⁴⁷Cfr. in particolare E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, rist. 2002, pagg. 126 e ss.

⁴⁸Notazioni in questo senso sono già in F.B. D'USSEAUX, *Formal and substantive aspects of the transparency principle in European private law*, in *Consumer law journal*, 1998, pagg. 320 e ss.

tuttavia che, diversamente dalla forma, che è legata all'esternazione del segno, qui per "modo" è da intendersi quello relativo ai nessi di significazione che compongono il messaggio e stanno all'interno del segno.

E' possibile osservare, infatti, che ogni informazione resa prima, durante o dopo la conclusione del contratto configura un fatto linguistico: una serie di segni che contengono un determinato messaggio⁴⁹. Ogni segno ha un significante ed un significato. Il significante è l'espressione usata dall'autore e alla quale l'autore mediante un'attività di codificazione associa un'idea. Il significato è il contenuto che può attribuirsi al segno mediante un'attività inversa di decodificazione.

Chiarezza e comprensibilità attengono al momento in cui il consumatore attribuisce ad un significante un significato. Esse si manifestano in quello spazio temporale in cui la formulazione segnica – in sé non significativa – viene decodificata dal consumatore.

Così, per esempio, nel rispetto dell'obbligo di chiarezza e comprensibilità: i) l'informazione deve avere un significato nel linguaggio conosciuto dal consumatore; ii) i periodi che contengono l'informazione devono essere formulati con una scelta di valori sintattici e semantici semplici; iii) l'uso di termini tecnici deve essere limitato ai soli casi in cui essi sono indispensabili⁵⁰.

Per quanto appena detto, si comprende che l'informazione senza chiarezza e comprensibilità non sarebbe effettiva: il consumatore non potrebbe realmente conoscere le condizioni contrattuali se queste non fossero a lui chiare e comprensibili.

⁴⁹ Il riferimento è a F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, rist., trad.it., XXIV ed., Roma – Bari, 2011, in cui si nota: «il legame che unisce il significante al significato è arbitrario, o ancora, poiché intendiamo con segno il totale risultante dall'associazione di un significante a un significato, possiamo dire più semplicemente: il segno linguistico è arbitrario» (pagg. 85 e 86), poi precisa «benché il significato e il significante siano, ciascuno preso a parte, puramente differenziali e negativi, la loro combinazione è un fatto positivo; è altresì la sola specie di fatti che comporti la lingua, perché il proprio dell'istituzione linguistica è per l'appunto mantenere il parallelismo tra questi due ordini di differenze» (pag. 146).

⁵⁰ Sul punto si tornerà diffusamente nel prosieguo della ricerca.

Al riguardo si osserva che, mentre la quantità di informazioni date al consumatore può essere verificata oggettivamente, la verifica della loro chiarezza o comprensibilità non può essere condotta in modo del tutto obiettivo. Deve così tenersi conto, facendo riferimento ad un presunto consumatore medio, delle modalità di conclusione del contratto o del tipo di mercato in cui avviene lo scambio. Dunque, chiarezza e comprensibilità sono canoni di valutazione di un'informazione e variano a seconda che si prenda in considerazione un contratto a distanza, o un contratto concluso semplicemente fuori dai locali commerciali.

6. Chiarezza e comprensibilità della clausola: la trasparenza in senso stretto

Quanto detto consente a questo punto di isolare “chiarezza e comprensibilità” all'interno dai congegni volti ad assicurare per il contraente debole la conoscenza del rapporto contrattuale. E sembra di poter osservare che chiarezza e comprensibilità compongano la c.d. trasparenza. La vera trasparenza sta dunque proprio in quella locuzione e va distinta dalla forma o dall'informazione.

Appare un tentativo semplificatorio infruttuoso quello, talvolta avanzato, di dire che la trasparenza ha, al pari dell'informazione, un suo fondamento nella clausola generale di buona fede, e che, pertanto, condividerebbe con la seconda lo stesso problema e rappresenterebbe la stessa realtà. Se, infatti, l'informazione è complessivamente volta a colmare *l'asimmetria informativa* tra due parti, la *trasparenza è diversamente volta a tutelare l'asimmetria cognitiva*.

E' opportuno inoltre notare che gli obblighi di informazione sono reciproci, mentre quelli di trasparenza sono unilaterali. L'esempio che si può fare di obbligo di informazione gravante sulla parte debole del rapporto contrattuale è quello del cliente che, in procinto di concludere un contratto per la fornitura di energia, deve dichiarare l'uso che ne farà. Qui il cliente ha

l'obbligo di dire, non anche quello di dire in modo perfettamente chiaro e comprensibile.

Sotto altro profilo si può osservare che la trasparenza attiene soprattutto alla proposizione delle clausole del contratto; i canoni di chiarezza e comprensibilità della clausola sono infatti stati menzionati per la prima volta dall'art. 35 del cod. cons.⁵¹. Al contrario, l'informazione sembra stare in particolare al di fuori del contenuto del contratto⁵².

A conferma della validità della distinzione sopra posta milita lo stesso dato normativo. L'art. 2, c. 2, cod. cons., nel riconoscere i diritti dei consumatori, separa informazione e trasparenza. Alla lettera c) è riconosciuto il diritto "ad una adeguata informazione"; alla lettera e) il diritto alla trasparenza nei rapporti contrattuali.

Se quanto fin qui detto è vero, pare corretto allora, quando si parla di trasparenza, porre mente alla chiarezza e comprensibilità della clausola, piuttosto che anche ai concetti di forma e informazione. Al più si potrà dire che esiste, accanto ad una *trasparenza in senso stretto*, una *trasparenza in senso ampio*, che va oltre il contratto e l'intelligibilità dei messaggi veicolati, facendosi talvolta forma, talaltra contenuto del messaggio, stando tanto nel materiale segnico che compone l'accordo contrattuale, quanto al di fuori di esso (si pensi alle informazioni che devono essere date una volta concluso il contratto). Con il che si coglie un tratto comune alla tra questi

⁵¹ Certo, se inizialmente la trasparenza sembrava essere un *quid proprium* delle clausole contrattuali, non si può negare che essa tende sempre più a spiegare la propria forza conformatrice anche al di fuori di esse. Si prendano, a titolo d'esempio, l'art. 52, c. 2, cod. cons.: «Le informazioni di cui al comma 1, il cui scopo commerciale deve essere inequivocabile, devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile..»; oppure l'art. 5 della direttiva 83/2013/UE: «Prima che il consumatore sia vincolato da un contratto diverso da un contratto a distanza o negoziato fuori dai locali commerciali o da una corrispondente offerta, il professionista fornisce al consumatore le seguenti informazioni in modo chiaro e comprensibile..»; o anche art. 8: «Per quanto riguarda i contratti a distanza il n fornisce o mette a disposizione del consumatore le informazioni di cui all'art. 6, paragrafo 1, in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato in un linguaggio semplice e comprensibile..»

⁵² E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, cit., pagg. 977 e ss., il quale nota anche che: «gli obblighi di informazione prescindono dalla tecnica di conclusione del contratto, nel senso che vi sono obblighi di informazione comunque il contratto venga a perfezionarsi. [...] Invece, gli obblighi di trasparenza occupano soltanto l'area delle condizioni generali di contratto e del contratto predisposto appositamente per una singola operazione, e cioè nel contratto unilateralmente predisposto» (p. 978). Ma di quest'ultimo aspetto si tratterà nel capitolo che segue.

strumenti di protezione: quello di agire indirettamente sul procedimento di formazione del contratto⁵³.

Oltre a ciò, tuttavia, rimane che la prospettiva più interessante nella quale indagare il problema sembra essere proprio quella che guarda alla trasparenza della clausola contrattuale, cioè alla trasparenza in senso stretto.

Così specificato, l'argomento si pone autonomamente anche rispetto alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, attenendo strettamente all'atto piuttosto che all'attività dell'imprenditore⁵⁴.

Tracciata questa linea di orizzonte, si comprende che la prospettiva della trasparenza incentra il ragionamento sul linguaggio delle clausole; il

⁵³ Constata che nel diritto "comunitario" le previsioni di forma vincolata hanno presto assunto i contorni della "forma-contenuto", con ciò influenzando in via indiretta, cioè escludendo l'uso dei procedimenti incompatibili con l'onere formale imposto, sul procedimento di formazione del contratto, F. ADDIS, *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" ecc.*, cit., pag. 874.

⁵⁴ Le pratiche commerciali scorrette sono, è noto, regolate nel codice del consumo, a seguito del d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146, agli artt. 18 e ss., cod. cons. La definizione delle stesse è assai ampia: qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori (art. 18, lett. d), cod. cons.)...che, contraria alla diligenza professionale, falsa o è idonea a falsare il comportamento economico del consumatore medio (art. 20, comma 2, cod. cons.). Ciò rende evidente che una pratica commerciale scorretta potrebbe anche manifestarsi nella veicolazione di segni non chiari e comprensibili nei confronti del consumatore. Poiché la pratica commerciale scorretta può manifestarsi prima, durante o dopo l'operazione commerciale (cfr. art. 19 cod. cons.), è evidente che la stessa ha un ambito di applicazione più ampio rispetto a quello della trasparenza della clausola offerta dal professionista. La disciplina delle pratiche commerciali scorrette, lungi dal pregiudicare le regole di formazione, validità ed efficacia del contratto, si pone dunque come insieme di norme a carattere assai più generale, e pertanto recessive, rispetto alla regola di trasparenza della clausola. Il rapporto tra le pratiche commerciali scorrette ed il contratto è indagato con profondità da A. ZIMATORE, *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011, pagg. 573 e ss. (spec. pag. 580), il quale evidenzia che le stesse non escludano l'applicazione dei normali rimedi in materia contrattuale, così come previsto dall'art. 19, comma 2, cod. cons. Cfr. anche S. DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in *Annuario del contratto*, 2009, pagg. 105 e ss.

Nota che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette impone di spostare l'attenzione dall'atto all'attività, ovvero al profilo funzionale del comportamento, valutabile solo in concreto, L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, pagg. 685 e ss. (spec. 703). E' appena il caso di notare che la trasparenza della clausola prescinde da una valutazione funzionale del comportamento, convertendosi nella logica binaria di un fatto: la clausola o è trasparente o non lo è.

linguaggio, infatti , è stato condivisibilmente notato, «è il mezzo universale attraverso il quale si attua la comprensione»⁵⁵.

7. Apporto innovativo della regola rispetto alla sistematica originaria del codice civile

Ricondotta la trasparenza alla chiarezza e comprensibilità della clausola, occorre chiedersi se essa possa influire anche sul consenso contrattuale, cioè, per meglio dire, se la mancanza di trasparenza possa determinare la non inclusione di una clausola nel regolamento contrattuale.

La questione è dunque quella di capire se i precetti che prescrivono la trasparenza fungano, al pari di altri istituti, quali condizioni del consenso o se, diversamente, le regole di trasparenza operino in uno spazio loro proprio che il consenso presuppone.

A bene vedere, i precetti di trasparenza hanno lo specifico obiettivo di tutelare una parte presunta debole solitamente nel caso in cui il contratto sia predisposto. La tutela è volta specificamente ad evitare che l'equilibrio tra le parti non sia meramente apparente, celandosi in una clausola un'insidia per il consumatore. Il problema della trasparenza sembra così essere oltre l'accordo. La trasparenza presuppone l'accordo e presidia l'affidamento del contraente che ha consentito su di una clausola propositagli⁵⁶.

⁵⁵ G. BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, in *Teoria e storia*, 1999, pag. 144, il quale, seguitando ad evidenziare l'imprescindibile connessione tra diritto e linguaggio, afferma che il primo «può aver sperimentato, forse, epoche di “diritto muto”, come oggi sperimenta episodi a volte non-alternativi di comportamenti muti, dai quali l'ordinamento fa discendere effetti giuridici, e quindi giuridicamente rilevanti. Tuttavia, in ogni caso, non viene meno ciò che Gadamer chiama l'originario e intrascendibile appartenere al linguaggio. Esempi di linguaggi cifrati o di quelli formalizzati della scienza o di comportamenti muti non smentiscono, ma costituiscono conferma di tale affermazione, poiché presuppongono sempre una “comunicazione linguistica vera”. In altri termini, necessitano sempre, per giustificarsi e *per spiegare le loro convenzioni*, di un “metalinguaggio”»; notazioni simili si ritrovano in B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001, pag. 4. Per una compiuta teorizzazione filosofica sul linguaggio, non può non rimandarsi a M. HEIDEGGER, *In cammino verso il linguaggio*, rist., trad. it., Milano, 2007, pagg. 13 e ss.

⁵⁶ Cfr. F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza*, in *Trattato del contratto*, a cura di Rescigno - Gabrielli, v. III, t. I, Torino, 2005, pag. 322, il quale constata: «appare insoddisfacente il tentativo di costringere i precetti di trasparenza nel ruolo di regole

Emerge per questa via una differenza rispetto all'art. 1341, c. 1, c.c., sul quale a questo punto è opportuno soffermarsi. A mente del citato articolo, per solito considerato espressione della protezione apprestata dall'ordinamento al consenso del contraente debole, le condizioni generali di contratto predisposte *ex uno latere* sono efficaci nei confronti dell'altro contraente, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.

E' noto che le condizioni generali sono quelle destinate a regolare in modo uniforme una serie indefinita di rapporti, contrapponendosi alle clausole che invece sono volte a regolare singoli rapporti⁵⁷. Lo scopo della norma recata all'art. 1341 c.c. è quello di evitare che compongano il regolamento contrattuale clausole che al momento della conclusione l'aderente non ha potuto conoscere, in quanto quest'ultimo non ha partecipato alla loro redazione⁵⁸. A tal fine è stabilito che per l'efficacia delle clausole sia necessaria la loro conoscenza o, almeno, la conoscibilità secondo l'ordinaria diligenza.

Al riguardo la dottrina ha mostrato diversità di opinioni nell'intendere il significato della "conoscibilità" delle condizioni generali. Ad avviso di un primo orientamento il requisito della "conoscibilità" delle condizioni generali di contratto farebbe riferimento alla semplice possibilità per l'aderente di sapere dell'esistenza di dette clausole⁵⁹.

Da altri si è ritenuto che conoscenza e conoscibilità debbano riguardare o l'esistenza della clausola o il contenuto delle condizioni

strumentali asservite alla soluzione dei problemi di effettività, libertà e pienezza del consenso, quali si presentano per qualsiasi vicenda contrattuale, vale a dire di ridurre il problema della trasparenza a quello della libera e consapevole formazione dell'accordo, ed in definitiva al procedimento di formazione del contratto [...] I precetti di trasparenza rispondono, ad una specifica esigenza di tutela che si manifesta essenzialmente nell'ambito della contrattazione standardizzata mediante condizioni generali di contratto, o comunque del contratto predisposto, e che dà luogo – a ben vedere – ad un profilo aggiuntivo rispetto a quelli relativi alla valida e non viziata formazione del consenso».

⁵⁷ Da ultimo Cass. civ., 10 luglio 2013, n. 17073 (non ancora pubblicata).

⁵⁸ G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, pagg. 108 e ss.

⁵⁹ Cfr. ANT. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, pag. 208; allo stesso modo S. PATTI, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, t. I, v. I, Torino, 2009, pag. 306: «il presupposto della conoscenza, in altri termini, può considerarsi sussistente anche nelle ipotesi di conoscenza superficiale o "empirica", e addirittura di falsa o erronea conoscenza».

generalì; in quest'ultimo caso non potrà considerarsi conoscibile una clausola del tutto non intellegibile, là dove invece sarà efficace la clausola soltanto ambigua⁶⁰.

Infine, per una tesi più estrema, l'aderente, oltre a poter conoscere l'esistenza della clausola, dovrebbe essere posto in condizione di apprezzarne chiaramente il contenuto, soltanto in questo caso potendosi predicare la conoscibilità della clausola⁶¹. Col che evidentemente si finisce per fa ricadere il problema della trasparenza delle clausole – invero delle sole condizioni generali di contratto – all'interno della fattispecie di cui all'art. 1341, c. 1, c.c..

In definitiva, delle tre opinioni passate in rassegna circa il significato della “conoscibilità” di cui all'art. 1341 c.c., soltanto l'ultima, che, seppur autorevolmente propugnata, è tuttavia rimasta isolata, finisce con l'estendere il significato della norma facendo ad essa garantire anche la trasparenza (nella accezione sopra delineata di chiarezze e comprensibilità) delle condizioni generali di contratto. Tuttavia, questo modo di intendere, è stato da altri condivisibilmente osservato, fa dir troppo alla “conoscibilità empirica”, dando della stessa una lettura alla luce della clausola di buona fede. Il dovere di parlar chiaro sarebbe in altre parole predicabile soltanto in forza della clausola di buona fede e non già se ci si fermasse al tenore letterale dell'art. 1341, c. 1, c.c.⁶².

Se così fosse, allora, l'esistenza di una regola di trasparenza delle clausole contrattuali stipulate dal consumatore, non sarebbe una riproduzione in formato ridotto di una norma già contenuta all'art. 1341. Se quest'ultima, infatti, mira ad escludere o includere le clausole dal regolamento contrattuale a seconda della loro “conoscibilità”, l'altra, la

⁶⁰C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, v. III, Milano, 2000, pag. 361, là dove per ambiguità deve intendersi la polisemia.

⁶¹E' una tesi avanzata da V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975, pag. 187; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1970, pagg. 260 e 261, il quale precisa che per le condizioni generali di contratto «si rende necessaria all'uopo la intellegibilità, perché non basta la possibilità di conoscere l'esistenza delle clausole, se non viene data quella di penetrarne il significato».

⁶²F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza*, cit., pag. 331.

trasparenza, protegge il contraente debole dal significato ambiguo e perciò insidioso delle clausole del regolamento contrattuale.

Da ultimo, non va sottaciuto che, come detto, l'art. 1341 c.c. trova applicazione per le sole condizioni generali di contratto e non si estende anche a tutte quelle clausole che siano predisposte ma soltanto per uno specifico affare.

L'indagine va a questo punto svolta intorno alla regola che disciplina la chiarezza e comprensibilità della clausola nel contratto concluso dal consumatore: l'art. 35 cod. cons.

CAPITOLO II

La regola di trasparenza del contratto concluso dal consumatore: l'art. 35 del codice del consumo

Sezione I: la trasparenza in senso stretto, art. 35, c. 1, cod. cons.

1. L'art. 35 del codice del consumo, unità o pluralità di norme

La tutela appresta originariamente dal codice civile con gli artt. 1341 e 1342 c.c. nei confronti della parte debole era stata riconosciuta come a carattere squisitamente formale e pertanto reputata inadeguata a garantire la conoscenza da parte del contraente del contenuto contrattuale. Del resto, era sufficiente l'approvazione per iscritto della clausola, per giustificare qualsiasi abuso con la stessa si perpetrasse. Per far fronte al problema di tutelare, mercé un controllo sostanziale delle clausole, il contraente debole, è intervenuto il Consiglio europeo con la direttiva 13/93/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati dai consumatori⁶³. La legge 6 febbraio 1996, n. 52 ha dato attuazione alla Direttiva, inserendo nel corpo del codice civile il capo XIV-bis, denominato "Dei contratti del consumatore" e composto dagli articoli da 1469-bis a 1469-sexies.

Dopo un lungo dibattito, il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ha trasferito l'intero capo all'interno del codice del consumo. L'art. 35 cod. cons. costituisce la trasposizione all'interno del codice del consumo dell'abrogato art. 1469 - *quater* c.c..

Nell'attuale formulazione l'art. 35 così dispone:

“Nel caso di contratti in cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere redatte in modo chiaro e comprensibile.

⁶³ Per un'introduzione all'argomento v. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006, sop. pagg. 17 e ss.; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma - Bari, 2008, sop. pagg. 118 e ss., A. CATRICALÀ – M.P. PIGNALOSA, *Manuale di diritto dei consumatori*, Roma, 2013, pagg. 105 e ss.

In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore.

*La disposizione di cui al comma 2 non si applica ai casi di cui all'art. 37.”*⁶⁴

Per comprendere la relazione che intercorre tra il comma 1 ed il comma 2, è necessario prima passare in rassegna i diversi orientamenti al riguardo emersi in dottrina.

Si rinvencono due posizioni estreme: coloro i quali considerano il primo ed il secondo comma legati in un nesso di fattispecie (comma 1) ad effetto (comma 2), c.d. tesi monistica; e coloro che, invece, reputano il secondo comma autonomo rispetto al primo, c.d. tesi dualistica. In mezzo ad esse si colloca una tesi c.d. intermedia.

Seguendo la prima linea di pensiero, il primo comma dell'articolo conterrebbe una norma di condotta ed il secondo la sanzione che seguirebbe nel caso di inottemperanza a tale norma. Dalla mancanza di chiarezza e

⁶⁴ Di seguito ci si sofferma sull'analisi esclusivamente di questa norma contenuta nel codice del consumo. Non si ignora tuttavia che, fino all'intervento del d. lgs. 23 maggio 2011, n. 79, che ha trasposto la disposizione all'art. 35 cod. tur., una regola analoga era prevista là dove si disponeva che il contratto di vendita di pacchetti turistici doveva essere redatto in forma scritta in "termini chiari e precisi" (vecchio testo dell'art. 85, cod. cons, adesso art. 35 cod. tur.). La disposizione era evidentemente un inutile duplicato di quella già contenuta all'art. 35 cod. cons. Sul punto cfr. F. RICCI, *sub- art. 85, Commentario al codice del consumo*, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, pag. 573, il quale ritiene che l'identità di fattispecie regolate dagli artt. 35 e 85 portasse ad applicare anche nel secondo caso l'*interpretatio contra proferentem* di cui all'art. 35, comma 2, cod. cons. Le considerazioni di seguito riportate valgono dunque anche in materia di vendita di pacchetti turistici, segnatamente sono estendibili all'attuale art. 35 cod. tur. A fugare ogni dubbio è utile puntualizzare fin d'ora che "chiarezza e comprensibilità della clausola" e "chiarezza e precisione del contratto" sono locuzioni sostanzialmente equivalenti. Si avrà cura di precisare che la trasparenza delle clausole implica la trasparenza del contratto. Similmente, con l'uso del sostantivo "precisione" non pare che il legislatore abbia voluto indicare qualcosa di diverso dalla "comprensibilità" di cui all'art. 35 cod. cons. E' stato tuttavia rilevato che la locuzione usata per i pacchetti turistici sarebbe da leggere in chiave maggiormente oggettiva, in definitiva, anche di quella di cui all'art. 35 cod. cons., cfr. B. SIRGIOVANNI, *sub artt. 85 – 88, Codice del consumo*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007, pag. 717. Il che sembra però cogliere troppo da un dato letterale piuttosto incerto; è al contrario preferibile appaiare concettualmente la comprensibilità alla precisione: essendo tanto l'una quanto l'altra da misurare su un presunto consumatore medio (del quale si dirà meglio nel prosieguo).

comprensibilità deriverebbe, dunque, l'interpretazione più favorevole per il consumatore⁶⁵.

La posizione c.d. intermedia, pur ravvisando un collegamento tra il primo ed il secondo comma della disposizione, non rinuncia ad affermare che le conseguenze derivanti dalla mancanza di chiarezza e comprensibilità potrebbero essere invero altre ed ulteriori rispetto alla sola interpretazione a favore del consumatore⁶⁶. La mancanza di trasparenza della clausola potrebbe talvolta comportare una interpretazione a favore del consumatore, talaltra dar luogo ad un rimedio risarcitorio, altre volte ancora sfociare in un giudizio di vessatorietà.

Un autore, in modo più netto, afferma che con l'art. 35, comma 1, cod. cons., ha trovato ingresso nel nostro ordinamento un'ipotesi speciale di *responsabilità precontrattuale oggettiva*, applicabile nel caso di contrattazione standardizzata, ed anche di un contratto singolarmente predisposto⁶⁷. Il secondo comma dell'art. 35 introdurrebbe, secondo questa

⁶⁵Per una visione unitaria del primo e del secondo comma dell'art. 35 cfr. A. JARACH, *Art. 1469 quater – Forma e interpretazione*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore – Artt. 1469 bis e ss.*, a cura di E. Cesàro, Padova, 1998, pag. 608; P. FORCHIELLI, *Clausole abusive e disciplina vigente dell'interpretazione*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura di C.M. Bianca e G. Alpa, Padova, 1996, pagg. 462 e ss.; V. SALANITRO, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive e la disciplina dei contratti bancari*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1993, I, pagg. 550 e 551; V. FRANCESCHELLI, *I contratti per adesione e l'interpretazione contro l'autore della clausola*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit., pagg. 465 e ss..

⁶⁶V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore" (La novella del codice civile)*, Napoli, 1997, pagg. 22 e 23, ritiene che la regola che era prima contenuta dell'art. 1469 – *quater* ha in sé la sua sanzione, o meglio, si pone essa stessa come sanzione alla mancanza di trasparenza. Il primo comma è espressione di un principio generale che però è anche alla base del secondo che ne rappresenta un'espressione specifica. Ma poi l'A. precisa: «emerge dunque con chiarezza un'eccedenza di contenuto valutativo (e di regola primaria) del primo comma che non può trovare piena corrispondenza nella sanzione (nella regola secondaria) del secondo comma e che deve trovare in altro modo risposta», sempre V. RIZZO, *Art. 1469 - quater. Forma e interpretazione*, in *La nuova disciplina sulle clausole vessatorie (Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, pagg. 1191 ss., sostiene che qualora la violazione del dovere di trasparenza venga a collocarsi nella fase precontrattuale, potrà eventualmente operare il rimedio del risarcimento del danno; qualora si verifichi un'ipotesi d'inconoscibilità potrà operare la sanzione dell'inefficacia; qualora l'intrasparenza si riverberi in un dubbio potrà operare il rimedio dell'interpretazione più favorevole al consumatore.

⁶⁷Questa elegante ricostruzione è di AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008, pagg. 191 e ss., il quale evidenzia come la disposizione non costituirebbe inutile ripetizione di una disposizione generale, dal momento che l'art. 1337 c.c. menziona la buona fede durante le trattative, trattative che, invece, non vengono considerate nella fattispecie dell'art 35 primo comma. Ancora incisiva l'affermazione: «con l'art. 35, comma 1, cod. cons. il legislatore, disinteressandosi della connotazione

ricostruzione, un rimedio speciale a favore del consumatore: il risarcimento del danno in forma specifica legato all'inadempimento dell'*obbligo* di trasparenza.

Le tutele dunque seguirebbero per il consumatore lo schema del doppio binario; questi potrebbe eccepire la violazione dell'art. 35, comma 1, chiedendo l'accertamento dell'inefficacia della clausola e il risarcimento del danno, ma, alternativamente, potrebbe chiedere che l'efficacia della clausola venga recuperata mediante l'attribuzione del senso a lui più favorevole, fatto comunque salvo il diritto al risarcimento del maggior danno. Anche qualora vi fosse una clausola incomprensibile - alla quale in apparenza non si può attribuire neanche un significato - il consumatore potrebbe chiedere un'ulteriore analisi per verificare se, con uno sforzo superiore all'ordinaria diligenza, sia la clausola in grado di restituire all'interprete un significato. Su questa ricostruzione, che sembra essere molto attenta alle istanze del consumatore, il quale avrebbe sostanzialmente la possibilità di scegliere il rimedio da esperire, si tornerà in seguito, quando si porrà questione di stabilire gli effetti che possono derivare dalla mancanza di chiarezza e comprensibilità della clausola.

Orbene, l'opinione che sembra meglio cogliere nel segno è quella c.d. dualistica, che scorge nei due commi norme affatto differenti. Diventa al riguardo fondamentale osservare che il primo comma dell'art. 35, cod. cons., come rilevato da un autore, differisce dal secondo per soggetto, oggetto e tempi presi in considerazione⁶⁸. La fattispecie del primo comma

psicologica del professionista, sembra aver incentrato l'attenzione richiesta all'interprete, nella verifica demandata dalla fattispecie normativa, sul fatto, oggettivo e calcolabile, della redazione in modo trasparente del testo predisposto in generale, e, delle condizioni generali di contratto o del modulo e formulario in particolare. [...] Il professionista avrebbe potuto agevolmente sottrarsi alle conseguenze derivanti dalla violazione del dovere di trasparenza, offrendo la prova dell'assenza nella sua condotta, nel caso controverso, del requisito della colpa».

⁶⁸S. MARTUCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Milano, 2004, pag. 103. Alcuni autori ritengono tuttavia che la differenza tra il primo ed il secondo comma si fondi sulla differenza di presupposti: da un lato la trasparenza, dall'altro l'oscurità (così G. STELLA RICHTER, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pag. 1028, il quale riprendendo Cuiacio afferma: "*obscurum est quod nullo modo potest intellegi; ambiguum, quod duobus aut tribus modis intellegi potest*"). Per quest'ultima opinione nel caso di pluralità di significati andrebbe scelto, applicando il secondo comma dell'art. 35, quello più favorevole al consumatore. Ma, si è detto, questa posizione sembrerebbe superabile ponendo mente al fatto che la trasparenza riguarda la

ha a riferimento la chiarezza e comprensibilità per il consumatore al momento della conclusione del contratto; quella del secondo, differentemente, il dubbio giuridico dell'interprete, che si appalesa nel procedimento ermeneutico. Ritenendo, dunque, che l'art. 35 contenga due disposizioni separate e distinte, i cui piani di operatività non vanno confusi, è possibile svolgere qualche considerazione sulla portata della regola di trasparenza recata al primo comma della menzionata disposizione.

Le difficoltà nascono dalla mancata previsione di una sanzione espressa da parte del legislatore qualora venga violato l'obbligo di redigere clausole in modo chiaro e comprensibile. Una volta esclusa l'applicabilità dell'interpretazione a favore del consumatore (art. 35, comma 2) per i motivi testé detti, bisogna capire quali siano gli effetti in caso di violazione del precetto.

Se s'intende infatti l'interpretazione a favore del consumatore (di cui al comma 2) operante su di un piano diverso da quello della trasparenza, non si reperisce nessuna sanzione esplicita nel caso di inosservanza del precetto fissato dal primo comma della richiamata disposizione. Pertanto, nel tentativo di individuare la sanzione applicabile, sono state prospettate diverse ipotesi ricostruttive.

Cerchiamo di procedere per gradi.

Vi è stato chi in passato, vigente l'art. 1469-*quinquies*, anche sulla base di una valutazione comparativa, ha ritenuto che l'intrasparenza fosse idonea a fondare autonomamente la declaratoria di *inefficacia*⁶⁹.

cognizione della clausola da parte del consumatore, l'interpretazione afferendo piuttosto alla cognizione da parte dell'interprete.

⁶⁹Va rilevato che l'art. 1469-*quinquies* sanzionava con l'inefficacia la vessatoria delle clausole. Oggi l'art. 36 menziona esplicitamente la nullità come conseguenza della vessatorietà delle clausole. L'argomentazione usata prima di questa modifica sembra così aver perso la sua ragion d'essere.

Sull'inefficacia a seguito della mancanza di trasparenza v. comunque P. GIAMMARRIA, *Art. 1469 – quater: forma e interpretazione*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 2003, pag. 1025, il quale evidenzia che la sanzione della inefficacia sia autonoma rispetto a quella del giudizio di vessatorietà, sulla base dell'evidenza che non tutte le clausole intrasparenti sono anche vessatorie; *contra* E. PODIGGHE, *I contratti con i consumatori – La disciplina delle clausole vessatorie*, Milano, 2000, pag. 322, per la quale l'accertamento del difetto di trasparenza difficilmente potrebbe

Altri, riteneva che chiarezza e comprensibilità andassero tenute distinte; per la mancanza di chiarezza la sanzione sarebbe stata quella dell'interpretazione a favore del consumatore – quindi quella dell'art. 35 comma 2 – mentre dalla mancanza di comprensibilità sarebbe derivata l'inefficacia della clausola⁷⁰. Sennonché anche queste soluzioni lasciavano dei dubbi, almeno per quanto riguardava la determinazione di modalità e termini per un'eventuale declaratoria di inefficacia⁷¹; non era infatti chiaro sotto la vigenza dell'art. 1469 – *quinquies* quale potesse essere l'invalidità corrispondente all'inefficacia⁷².

Diversa soluzione prospettata in dottrina è quella del *rimedio risarcitorio*, ritenuto esperibile quando la mancanza di chiarezza e comprensibilità abbia determinato un significativo squilibrio ai danni del consumatore⁷³.

Più recente ipotesi ricostruttiva ha invece letto l'art. 35 coordinandolo con l'art. 34, comma 2, cod. cons., nella parte in cui quest'ultimo esclude dal *giudizio di vessatorietà* le clausole che riguardino la determinazione dell'oggetto del contratto o l'adeguatezza del corrispettivo, purché redatte in modo chiaro e comprensibile. Secondo tale orientamento, la mancanza di

condurre automaticamente ad una declaratoria di inefficacia, potendo invece rilevare quale sintomo del carattere vessatorio di una clausola. Per la dichiarazione di inefficacia dovrà dunque accompagnarsi un significativo squilibrio in danno del consumatore, altrimenti ponendosi solo un problema di attribuzione di un significato, da risolvere ai sensi dell'art. 1469 – *quater*, comma 2.

⁷⁰ Cfr. S.T. MASUCCI, *Art. 1469 quater (Forma e interpretazione)*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. Barengi, Napoli, 1996, pag. 171; per un'individuazione della sanzione da fare caso per caso G. DI GIOVINE, *Art. 1469-quater – Forma e interpretazione*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. Cesàro, Padova, 1999, pag. 569.

⁷¹ Condivisibile la critica mossa da AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008, pag. 190, il quale rileva che nell'art. 35, comma 1, cod. cons. non viene indicata in modo espresso la qualificazione in termini di vessatorietà della clausola intrasparente.

⁷² Particolarmente significative le annotazioni di U. RUFFOLO, *La "inefficacia" delle clausole vessatorie*, in *Clausole "vessatorie" e "abusive" (Gli artt. 1469 – bis e ss. c.c. e i contratti col consumatore)*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 1997, pagg. 73 e ss, l'Autore constata che la previsione di inefficacia non è riducibile alla semplice inopponibilità, e che la disciplina non coincide con quella delle tradizionali cause d'invalidità. Andrebbero escluse l'annullabilità e la rescissione, in quanto incompatibili, dal momento che in quei casi l'inefficacia sarebbe solo effetto di una successiva pronuncia costitutiva del giudice. Lo studioso propende cautamente per un'ipotesi specifica di nullità, derogatoria rispetto alla disciplina generale.

⁷³ Cfr. G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, c. 154.

chiarezza o di comprensibilità sarebbe proprio funzionale a far emergere un giudizio di vessatorietà nel caso di intrasparenza di una clausola che determini l'oggetto o il corrispettivo. In sostanza, se ben si capisce, la norma recata dall'art. 35, comma 1, viene qualificata come un *onere* per il professionista, essendo di per sé priva di sanzione⁷⁴. Seguendo questo indirizzo di pensiero, sarebbe ragionevole ritenere che, nel caso in cui uno squilibrio tra le prestazioni sia introdotto con clausole chiare e comprensibili, il consumatore si possa astenere dal concludere il contratto. Differentemente, ove mancasse la chiarezza o la comprensibilità ben si giustificerebbe la sottoposizione della clausola (relativa all'oggetto o al corrispettivo) al giudizio di vessatorietà.

Una posizione, infine, distingue il piano della decodificazione da quello dell'interpretazione ponendo il secondo in logica successione rispetto al primo⁷⁵. La decodificazione riguarda il passaggio dall'espressione al contenuto: l'indagine è linguistica e avviene attraverso l'applicazione di uno o più codici. Sempre secondo lo stesso studio, la formula "*chiaro e comprensibile*" si risolverebbe in un'endiadi e starebbe ad indicare un testo incomprensibile, cui non può essere attribuito neanche un significato dal consumatore. L'interpretazione presuppone il compimento della decodificazione e cade sull'espressione equivoca per sciogliere la polisemia. Secondo la ricostruzione l'art. 35, comma 1, recherebbe una norma sulla *forma ad substantiam*, la violazione della quale importerebbe una nullità della clausola (si tratterebbe tuttavia di una *nullità c.d. di protezione*⁷⁶), che potrebbe comunque desumersi dalla violazione di una norma imperativa (*ex* 1418 c.c.), quale l'autore considera l'art 35 cod. cons.

⁷⁴S. MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Milano, 2004, pagg. 106 e ss. L'A. afferma che «la valutazione di in trasparenza, a prescindere dal dubbio interpretativo, estende alla clausola determinativa dell'oggetto del contratto (bene o servizio + corrispettivo) il giudizio di vessatorietà (e dunque il controllo contenutistico), di regola nei suoi confronti precluso. Conseguenza di non poco conto, dal momento che l'eventuale esito positivo del giudizio di vessatorietà determinerà l'inefficacia di quella clausola, travolgendo l'intero contratto». Parla espressamente di "onere" M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, in *Il diritto dei consumi*, I, a cura di P. Perlingieri e E. Caterini, Napoli, 2004, pag. 157, per il quale la disposizione sarebbe espressione della tendenza al neoformalismo, e sarebbe prospettabile un nuovo tipo di forma *ad transparentiam*.

⁷⁵Sono osservazioni di M. ONORATO, *Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto stipulato col consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, pagg. 601 e ss.

⁷⁶M. ONORATO, *ult. cit.*, pagg. 626 e 627.

2. Impossibilità di predicare la nullità della clausola non trasparente: il dovere di chiarezza e comprensibilità come regola di comportamento

L'ultima opinione passata in rassegna permette di interrogarsi circa l'ipotesi che la clausola non trasparente sia colpita da nullità.

Una volta osservato che la regola di trasparenza recata all'art. 35 cod. cons. è priva di una sanzione esplicita, si deve por mente all'art. 143 del cod. cons. che, a chiusura del canovaccio dispositivo, afferma l'irrinunciabilità dei diritti del consumatore e la nullità di ogni pattuizione in deroga con le disposizioni del codice⁷⁷.

Da ciò è lecito dedurre che le "pattuizioni" in deroga alle disposizioni del codice del consumo sarebbero colpite da una nullità che, è bene precisare, avrebbe il carattere della testualità⁷⁸. Sarebbe inutilmente difficoltoso, oltre che errato, nei casi di pattuizioni contrarie alle disposizioni del codice del consumo, predicare una nullità per violazione di norme imperative ex art. 1418 c.c., comma 1.

⁷⁷ L'art. 143, che è collocato tra le disposizioni finali del codice del consumo, recita: «*I diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili. E' nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice*».

⁷⁸ G. D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *I contratti*, 2012, pagg. 979 e 980. Evidenzia invece il difficile coordinamento dell'art. 143 cod. cons. con lo statuto normativo della nullità di protezione E. MINERVINI, *op. ult. cit.*, pagg. 81 e 82.

Vien d'uopo tuttavia osservare fin d'ora che l'uso del sostantivo "pattuizioni", da parte del legislatore, lascia scorgere una certa distanza tra il dispositivo del citato art. 143 ed il problema di queste pagine; una distanza dovuta al fatto che la "pattuizione" ha in sé, quale nota necessaria, una compartecipazione dei soggetti dell'accordo; la trasparenza si notava, invece, essere un obbligo in capo al solo imprenditore. E' l'imprenditore che deve proporre delle clausole in modo chiaro e comprensibile al consumatore e non anche viceversa. Di qui il predicato di unidirezionalità della trasparenza. Quest'ultima è un obbligo che sta in capo ad una parte e non già il risultato di ciò che le parti hanno insieme deciso (pattuito, appunto) . Tanto basta a comprendere che la trasparenza rimane sottratta al campo di applicazione dell'art. 143 cod. cons. e alla sanzione da questo posta.

Compiuta questa prima necessaria considerazione, il problema si lascia ragionare in modo diverso. Vale a dire che si tratta adesso di domandarsi se la clausola non trasparente dia luogo ad una nullità c.d. virtuale, ove l'art. 35, c. 1, cod. cons., sarebbe una norma imperativa rilevante ai fini dell'art. 1418, c. 1, c.c.⁷⁹. E' appena il caso di dire che non vi sono infatti ragioni per escludere l'applicazione delle normali regole civilistiche al caso di specie, trovando spazio l'esplicito rimando ad esse fatto nell'art. 38 cod. cons.⁸⁰.

⁷⁹ Le disposizioni consumeristiche sono infatti norme imperative di diritto secondario. Dunque può teoricamente operare la nullità virtuale di cui all'art. 1418, c. 1, c.c., cfr. S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *I contratti*, 2009, pag. 1040, il quale richiama anche la J. BASEDOW, *Freedom of Contract in the European Union*, in *European Review of Private Law*, 2004, § 3.2.

⁸⁰ L'art. 38, si rammenta, dispone testualmente: «Per quanto non previsto dal presente codice, ai contratti conclusi tra il consumatore ed i professionista si applicano le disposizioni del codice civile».

E' noto che la norma imperativa dalla cui violazione deriva la nullità virtuale della clausola *ex art.* 1418 c.c. deve essere posta a presidio di un interesse generale. Ma questo requisito necessario non è anche sufficiente. Le violazioni postulate dall'art. 1418, comma 1, c.c. sono infatti attinenti ad elementi intrinseci alla fattispecie negoziale, relativi cioè alla struttura o al contenuto del contratto, non anche ad elementi estrinseci ad essa. I comportamenti tenuti dalle parti durante le trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale, sicché la loro eventuale illegittimità non darebbe luogo a nullità del contratto, salvi i casi in cui la nullità sia espressamente prevista dal legislatore⁸¹.

⁸¹ Cfr. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2005, pagg. 25 e ss., con nota di V. ROPPO - G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, *ivi*, pagg. 29 e ss. Icastiche le parole di C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, pagg. 611 e 612: «non vi è dubbio che la disciplina della nullità che emerge dall'art. 1418 c.c. sia imperniata sulle ipotesi della difformità del contratto dal paradigma che ne determina la perfezione ovvero della sua contrarietà contenutistico – funzionale ad interessi ritenuti inderogabili da parte del legislatore; mentre non vi è alcun elemento che consenta di accreditare la tesi secondo la quale la violazione di obblighi di comportamento antecedenti o contemporanei alla conclusione del contratto (e, segnatamente, dell'obbligo di buona fede, che costituisce, com'è noto, a matrice assiologica, per così dire, anche degli obblighi informativi specifici dei quali è disseminata la legislazione di diritto secondo [...]) possa discendere la nullità del contratto concluso “a valle” di una violazione».

Viene utile la distinzione tra *norme di validità* e *norme di comportamento*: le prime attengono alla fattispecie del contratto e stabiliscono le condizioni in forza delle quali l'atto può ritenersi vincolante per le parti; le seconde sono diversamente dirette ad assicurare la correttezza della contrattazione⁸². La violazione di queste ultime genera una responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto allorché concretizzi una forma di inadempimento agli obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi del negozio in modo da provocarne la nullità. Questo indirizzo di pensiero, che distingue tra regole di validità e di condotta, seppur talvolta sottoposto a critiche⁸³, è avallato da avveduta dottrina⁸⁴ e dalla più autorevole giurisprudenza⁸⁵. Sembra di

⁸² G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pag. 43, il quale richiama anche le parole di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, rist., 2002, pag. 171: «la contravvenzione al principio di buona fede, che, come si è detto, domina la preparazione e la conclusione del negozio, esplica la sua influenza in altre materie, obbligando al risarcimento dei danni, o riflettendosi sull'interpretazione e sull'esecuzione del negozio, ma non ne compromette la validità». Cfr. anche F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. e imp.*, 2008, pag. 945, il quale, prima di sottoporre ad attenta critica la cennata distinzione, osserva: «regole di comportamento e regole di validità sarebbero chiamate a svolgere funzioni diverse: garantire la moralità della contrattazione e realizzare la giustizia sostanziale, le prime; stabilire la vincolatività dell'accordo e assicurare la certezza dei rapporti giuridici, le seconde».

⁸³ Una critica recente alla distinzione tra norme di validità e di comportamento è mossa da V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pag. 745, per il quale anche le regole di validità prescriverebbero obblighi ed oneri, e sarebbero, dunque, in definitiva, suscettibili di essere intese alla stessa stregua delle norme cc.dd. di comportamento. Indirizzi critici rispetto alla distinzione sono presi anche da F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e imp.*, 1997, pag. 423; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, pag. 249.

Una giurisprudenza che non sembra prendere in considerazione la distinzione è Trib. Brindisi, 18 luglio 2007, in www.ilcaso.it, per la quale le norme regolanti gli obblighi informativi relativi ai servizi di investimento, in quanto volte tanto alla tutela del singolo investitore quanto a quella del mercato dei valori immobiliari, hanno natura imperativa e comportano la sanzione della nullità in caso di loro inosservanza.

⁸⁴ G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, pag. 389 e ss.; U. SALANITRO, *Violazione di norme imperative nei contratti della p.a. e legittimazione del terzo pretermesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, pagg. 522 e ss.; M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

⁸⁵ Il riferimento è a Cass. civ., Ss. Uu., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2008, pagg. 432 e ss.: «La violazione dei doveri di informazione del cliente e del divieto di effettuare operazioni in conflitto di interesse con il cliente o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente stesso, posti dalla legge a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, non danno luogo ad una nullità del contratto di intermediazione finanziaria per violazione di norme imperative; se tali infrazioni avvengono nella fase precedente o coincidente con la stipula del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti fra le parti, ricorre un ipotesi

poter notare che una conferma dell'esistenza di regole dalla cui violazione derivi una mera responsabilità risarcitoria sia offerta dal dato positivo, segnatamente dalla disposizione che disciplina nel codice civile il dolo incidente. L'art. 1440 c.c. prevede infatti che se i raggiri non sono stati determinanti del consenso il contratto è valido, ma il contraente in mala fede è tenuto al risarcimento del danno⁸⁶. A poco rileva osservare che si riscontra una tendenza delle recenti legislazioni di settore a fare delle regole di comportamento dei parametri normativi sui quali ergere un giudizio di validità dell'atto⁸⁷. E' stato infatti autorevolmente notato che una tendenza, espressa da una legislazione a carattere episodico e frammentario, non è sufficiente a dimostrare lo sradicamento di un principio codicistico⁸⁸.

di responsabilità precontrattuale con il conseguente obbligo di risarcimento; quando, invece, le violazioni riguardano operazioni di investimento (o disinvestimento) compiute in esecuzione del contratto, si configura una responsabilità contrattuale che può eventualmente condurre alla risoluzione dello strumento negoziale». Nello stesso senso già Cass. 9 gennaio 2004, n. 111, in *Rep. For. it.*, 2004, voce "Contratto in genere", n. 407; Cass., 18 ottobre 1980, in *Arch. civ.*, 1981 pag. 133.

⁸⁶ L'art. 1440 c.c. dispone: «*se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni*».

⁸⁷ Gli esempi che si possono addurre sono molteplici. Limitandosi qui alla materia consumeristica, si ponga mente, in particolare, all'art. 52, c. 3, cod. cons., che prevede «*in caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto*»; ed all'art. 67 – *septies decies*, c. 4, cod. cons.: «*il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche*». Le norme obbediscono tuttavia a specifici obiettivi, che non permettono la loro estensione analogica né di dedurre principi generali. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, cit., pagg. 615 – 618. L'A. conclude che anche uno sguardo alle fonti del diritto privato europeo (Principi Unidroit, Principi della Commissione Lando ed il *Draft Common frame of reference*) porta ad escludere il superamento della non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento (pag. 622).

⁸⁸ V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, pagg. 537 e 538, il quale, tuttavia, osserva in critica alla cit. Cass. civ., Ss. Uu., 19 dicembre 2007, n. 26724, che l'assioma dal quale essa muove, cioè quello per il quale il divieto di contratto non può discendere da una norma di comportamento che riguardi condotte imposte ad una parte nei confronti dell'altra, sarebbe invero da dimostrare, non essendo allo stato giustificato né da una *ratio* logica, né da una *ratio* sistematica. L'A. propende dunque per una distinzione basata sull'evidenza documentale della violazione della norma imperativa: si avrebbe nullità soltanto quando la violazione della norma imperativa risulti documentalmente, diversamente troverebbero spazio altri rimedi.

Avverte che, secondo la dogmatica del codice civile, in nessun caso la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ponendosi invece come fonte di un obbligo risarcitorio, L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1997, I, pag. 9. E' altrettanto nota l'opinione, da altri propugnata, per la quale la violazione del obbligo di buona fede nella formazione del contratto dà invece luogo ad una invalidità del contratto (Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassali, v. VI, t. II, Torino, 1975, pagg. 669 e ss.).

Rimane per questa via non scalfita la regola di non interferenza, in forza della quale l'invalidità dell'atto può discendere esclusivamente dal verificarsi da una fattispecie individuata dal legislatore e non, invece, da una valutazione del giudice compiuta in sede di applicazione della clausola di buona fede. Il che vale quanto dire che la qualificazione di nullità di un atto non può essere spostata dal terreno legislativo a quello giudiziale.

Il dovere di proporre la clausola in modo chiaro e comprensibile è, per poco riflettere, proprio un dovere di comportamento che sta in capo al professionista; la trasparenza, infatti, lo si notava poc'anzi, non rileva principalmente quale elemento strutturale del negozio, facendosi bensì requisito conformativo del comportamento della parte forte del rapporto contrattuale. Sembra così da escludere che dalla mancanza di chiarezza e comprensibilità possa derivare una nullità virtuale *ex art. 1418, comma 1, c.c.*. Del resto, anche un'analisi letterale della norma da ultimo richiamata porterebbe ad escludere la nullità della clausola non trasparente: la nullità in essa prevista deriva dalla contrarietà del contratto ad una norma imperativa⁸⁹. Ma altro è la contrarietà del contratto ad una norma imperativa, altro la contrarietà della singola clausola nel momento in cui viene proposta al consumatore, perché la contrarietà a norma imperativa alla quale si fa riferimento è del contratto e non di un comportamento antecedente alla conclusione dello stesso⁹⁰.

⁸⁹ Che il termine contratto recato dall'art. 1418, c. 1, c.c. non comprenda anche i comportamenti materiali di una o entrambe le parti è notato da A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, pag. 534 e 535.

⁹⁰ E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, nota a Cass. Ss. Uu. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *For. it.*, 2008, c. 724.

Un'ulteriore notazione: se anche non si accogliesse la distinzione sopra divisata tra regole di comportamento e regole di validità, andrebbe notato, per il caso di specie, che l'ordinamento metterebbe a disposizione della parte danneggiata dalla violazione della norma imperativa (in forza della quale la clausola va redatta in modo chiaro e comprensibile) altri rimedi rispetto alla nullità, primo fra tutti quello generale risarcitorio, a cui potrebbero talvolta sommarsi i rimedi disciplinati in tema di vizi della volontà. Si darebbe così uno di quei casi, previsti dal primo comma dell'art. 1418 c.c., in cui la legge dispone diversamente. L'inciso “..salvo che la legge disponga diversamente”, contenuto nella richiamata disposizione, può infatti non essere limitato alla menzione esplicita di altra sanzione all'interno del circuito letterale della norma imperativa, dovendo piuttosto essere visto come un generico offrire da parte della legge un adeguato rimedio diverso dalla nullità, un rimedio che potrebbe stare anche al di fuori della disposizione. Si tratterebbe insomma di una “riserva virtuale” di esclusione della “nullità virtuale”⁹¹. Anche ipotizzando questo diverso percorso argomentativo, dunque, la nullità sembrerebbe un rimedio da escludere, qualora una clausola sia redatta in modo non chiaro e comprensibile.

⁹¹ La tesi che allarga l'operatività della salvezza dei casi in cui la legge dispone diversamente, contenuta nel comma 1, art. 1418, c.c., è stata prospettata da G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. c. dir. priv.*, 1985, spec. pag. 440; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., pag. 80; e da ultimo è ripresa in V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., pagg. 543 e 544.

Prima di andare oltre, occorre porre un ultimo dubbio: potrebbe predicarsi una nullità di protezione del contratto – evidentemente si tratterebbe di una nullità non testuale – attraverso l'estensione analogica dell'art. 36 del cod. del cons. che prevede la citata sanzione per le clausole vessatorie⁹²? A nostro avviso la risposta a questo interrogativo deve essere di segno negativo. Pur volendo prescindere dal richiamo esclusivo che la norma in questione fa agli artt. 33 e 34 cod. cons. (che riguardano, è noto, la sola vessatorietà delle clausole), richiamo che avrebbe una sua significatività in forza del noto brocardo "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*", si nota che altro è la logica della vessatorietà, altro la logica della trasparenza. La prima è volta ad evitare lo squilibrio sostanziale della clausola stipulata, la seconda, invece, tutela dall'effetto sorpresa che dalla clausola può derivare per il consumatore⁹³. Manca dunque tra i due casi una *specifica similitudine rilevante* che potrebbe portare ad un'applicazione analogica della nullità di protezione di cui all'art. 36 cod. cons.⁹⁴.

Tutto quanto fin qui detto porta ad escludere che possa predicarsi una nullità della clausola non trasparente. Il risultato sembra anche coerente con il dato positivo. Se infatti si pone mente all'art. 34, comma 2, cod. cons., nella parte in cui permette un giudizio di vessatorietà sulle clausole che riguardano l'oggetto ed il corrispettivo, nel caso in cui le stesse non siano redatte in modo chiaro e comprensibile, si trova conferma del fatto che la nullità non può essere un effetto immediato della mancanza di chiarezza e comprensibilità ma, al più, l'effetto del successivo accertamento della vessatorietà della clausola non trasparente.

⁹² La possibile estensione per via analogica della nullità di protezione alle norme apparentemente senza sanzione è stata prospettata da G. D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, cit., pagg. 984 e 985.

⁹³ E' appena il caso di dire che sarebbe davvero troppo poco vedere in entrambi gli istituti una generica finalità protettiva della parte debole del contratto. Se bastasse questo, infatti, la nullità di protezione troverebbe applicazione in una serie sterminata di casi. Anche affermando, in modo più ampio, che l'informazione e la trasparenza proteggono genericamente la possibilità del consumatore di contrattare liberamente e lucidamente (su questo ultimo aspetto cfr. S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, cit., pag. 1048), si rimane lontani dai fini immediati che stanno a fondamento del giudizio di vessatorietà.

⁹⁴ Sull'analogia *legis* si rimanda in particolare alle AA. VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, Torino, 2006, pagg. 49 e ss.

Infine, ma non da ultimo, è da considerare la sproporzione che si avrebbe nel coordinamento tra i vari rimedi offerti al contraente qualora si predicasse la nullità della clausola non trasparente; a tacer d'altro, va infatti rilevato che seguirebbe una sanzione più grave in quest'ultimo caso di quella che seguirebbe al ricorrere di un vizio della volontà (errore, violenza o dolo, che sia)⁹⁵. Insomma, il rimedio sembrerebbe sotto questo profilo peccare per eccesso⁹⁶.

3. La regola di trasparenza come responsabilità precontrattuale oggettiva

Esclusa la nullità quale possibile conseguenza della mancanza di chiarezza e comprensibilità, sembra da accogliere quell'orientamento che reputa l'art. 35, comma 1, cod. cons., un caso di *responsabilità precontrattuale speciale e oggettiva*⁹⁷. La norma affiancherebbe la regola più generale – recata all'art. 1337 c.c.⁹⁸ - non costituendone un'inutile ripetizione; non vengono infatti nella disposizione speciale menzionate le trattative tra le parti. Come evidenziato, l'art. 35, comma 1, avrebbe la funzione di rendere attuale l'obbligo di buona fede nella fase di

⁹⁵ F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, cit., pag. 958.

⁹⁶ E' chiaro che nell'intelligenza della soluzione prospetta, che esclude in radice la possibilità di predicare una nullità della clausola non trasparente, non si pone la questione del regime di nullità eventualmente applicabile. Ci si riferisce in particolare alla *vexata quaestio* della ripercussione della clausola nulla sul resto del contratto. Una riflessione di indole approssimativa lascia tuttavia impregiudicati i dubbi circa la possibilità di applicare la nullità di protezione di cui all'art. 36 del cod. cons. ai casi di nullità ex art. 1418 c.c., non fosse altro per la specialità che contraddistingue il rimedio disciplinato dal codice del consumo. Di talché sarebbe tutta da dimostrare la possibilità di applicazione analogica dell'art. cod. cons. al caso di specie.

⁹⁷ AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., pagg. 191 e ss. Più in generale ritengono che la violazione dell'obbligo di trasparenza importi responsabilità precontrattuale S. FAILLACE, *Contratti stipulati con i consumatori*, in *Contr. e impr.*, 1996, pagg. 394 e 395; G. LENER, *ult. cit.*, ivi; v. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 2000, pagg. 165 e 166.

⁹⁸ E' notoriamente molto ampia la letteratura in materia di responsabilità precontrattuale. Tra i contributi fondamentali L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, pagg. 368 e 369.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità*, Milano, 1967; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972; F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Cont. e imp.*, 1987, pagg. 304 e ss.; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja – Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna – Roma, 1993, pagg. 17 e ss.

raggiungimento dell'accordo anche laddove non vi siano *trattative*⁹⁹. Ancóra, l'art. 35 prescinde da un requisito psicologico, incentrando tutta la fattispecie sulla trasparenza della clausola proposta. Quest'ultima è un fatto oggettivo e calcolabile.

Non sfugge inoltre che, se si sanzionasse l'intrasparenza nel quadro della generica responsabilità precontrattuale dell'art. 1337 c.c., il risarcimento del danno sarebbe difficilmente conseguibile per il consumatore. Anzitutto bisognerebbe decidere se la responsabilità precontrattuale rientri nella responsabilità da fatto illecito (ex art. 2043 c.c.) o in quella c.d. contrattuale (ex art. 1218 c.c.)¹⁰⁰, con tutte le diverse conseguenze che deriverebbero nel caso di una scelta piuttosto che dell'altra. Se poi si propendesse, come ancora fa un orientamento maggioritario in giurisprudenza¹⁰¹, per la prima soluzione, si osserva che sarebbe difficile per il consumatore provare la colpa del professionista; d'altro lato, anche a voler considerare responsabilità per inadempimento quella di cui all'art. 1337 c.c., rimarrebbe agevole per il professionista provare l'assenza di sua colpa.

La previsione di una responsabilità precontrattuale come rimedio, nel caso siano state redatte clausola non chiare o non comprensibili, pare dunque un'utile novità nel sistema risarcitorio. L'istituto, così ragionato, avrebbe la funzione di garantire tutela al soggetto leso anche nel caso in cui

⁹⁹AND. GENOVESE, *op. ult. cit.*, pag. 193; utili le osservazioni in materia di G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger, Artt. 1337 – 1342*, Milano, 1993.

¹⁰⁰Per un orientamento che reputa la responsabilità precontrattuale un caso di responsabilità aquiliana, per tutti, cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pagg. 157 e ss.; diversamente, ritengono si tratti di responsabilità c.d. contrattuale, in realtà da inadempimento di un'obbligazione, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 360; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pagg. 126 e ss.; F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, pagg. 239 e ss. Reputano che la responsabilità di cui all'art. 1337 c.c. sia un *tertium genus* R. SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, pag. 86; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, *op. ult. cit.*

¹⁰¹E' soprattutto la giurisprudenza che in modo quasi unanime afferma la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale, cfr. Cass. 7 febbraio 2006, n. 2525, in *Rep. For. it.*, 2006, n. 402; Cass. 18 giugno 2005, n. 13164, in *Ced Cassazione Rv.* 583987, Cass., 11 maggio 1990, n. 4051, in *Giust. civ.*, 1991, I, pag. 113. In senso contrario, tuttavia, App. Milano, 19 dicembre 2006, n. 3070, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, pag. 1673. Più recentemente allontana la responsabilità precontrattuale da quella aquiliana, ritenendo che il contatto sociale sia di per sé fonte di obbligazione, Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Rass. dir. civ.*, 2013, con nota di Bonni, pagg. 534 e ss..

il contratto concluso sia valido ma pregiudizievole per la parte che ha subito il comportamento contrario a regole di condotta dell'altra¹⁰². Ad escludere questo modo di pensare, è stato attentamente notato, non serve richiamare l'art. 1338 c.c., a mente del quale: «*la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto*», non serve, si diceva, perché la norma può ben coesistere con la prima e più generale recata dall'art. 1337 c.c.¹⁰³. Esiste, dunque, accanto ad un dovere di buona fede precontrattuale, idoneo a fondare un giudizio di responsabilità anche nel caso di conclusione del contratto valido, un dovere di buona fede qualificato – ex art. 1338 c.c. – relativo all'obbligo di informare dell'esistenza di cause d'invalidità del contratto conosciute o conoscibili. Sarebbe errato ritenere al contrario che l'art. 1338 c.c. restringa tutta la responsabilità precontrattuale ai soli casi di invalidità del contratto. Vale piuttosto il principio di autonomia tra giudizio di correttezza del contratto e giudizio di validità¹⁰⁴.

E' d'uopo allora interrogarsi sul danno in ipotesi risarcibile. Se quanto sopra detto è vero, se è vero cioè che sussiste una responsabilità precontrattuale anche nel caso di conclusione di un contratto valido, bisogna pur concludere che il danno risarcibile non sarà più limitato all'interesse a non perdere tempo in trattative inutili (c.d. interesse negativo)¹⁰⁵, ma si

¹⁰² Dunque la responsabilità precontrattuale sarebbe fondante di un rimedio risarcitorio quand'anche dopo sia stato concluso un contratto valido. In questa direzione muovono Cass. Ss. Uu. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit., e, già in precedenza Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *For. it.*, 2006, I, pagg. 1105 e ss., con n. di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*. E' nota l'opinione contraria che ravvisa la non cumulabilità tra la responsabilità precontrattuale e quella contrattuale, con il che la prima sarebbe esclusa nel caso di conclusione del contratto valido (Cfr., *ex plurimis*, Cass. 25 luglio 2006, n. 16937, in *I Contratti*, 2007, pagg. 550 e ss.).

¹⁰³ Cfr. R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1993, pag. 512.

¹⁰⁴ Con ciò evidentemente si intende che l'eventuale vizio della volontà causato dalla mancanza di trasparenza avrebbe una rilevanza autonoma rispetto al giudizio risarcitorio. Cfr. V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, pag. 106.

¹⁰⁵ L'idea che il danno risarcibile nella responsabilità precontrattuale sia soltanto quello negativo risale, è noto, allo JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 4, 1861, è già ripresa nella nostra dottrina da L. COVIELLO, *Della cosiddetta "culpa in contrahendo"*, in *Il Filangieri*, XXV, 1900, pag. 723.

rifará al danno c.d. positivo. Il risarcimento sarà in altre parole volto a riparare le conseguenze ingiuste: per tali vanno considerate le differenze tra vantaggi e conseguenze economiche che il contratto produce e quelli che avrebbe potuto produrre se non vi fosse stata violazione della regola¹⁰⁶. Non sussiste infatti ragione alcuna per limitare il risarcimento del danno all'interesse negativo, che solitamente si commisura alle spese sostenute per portare avanti la trattativa poi sfumata (danno emergente) ed alla perdite di occasioni di concludere un'altra affare (lucro cessante)¹⁰⁷. E' proprio la misura del danno emergente nel caso di interesse negativo a lasciar comprendere come questa categoria, di risalente costruzione dogmatica, sia invero inidonea ad essere applicata a quelle ipotesi in cui è stato concluso un contratto valido. Del resto, è stato prima notato, giammai la validità del contratto esclude la possibile violazione di un obbligo precontrattuale. Qualora dunque il contratto valido avesse un procedimento di formazione macchiato da una condotta *lato sensu* scorretta, dovrebbe venire in considerazione il danno derivante dalla differenza tra quel contratto che ipoteticamente si sarebbe potuto concludere, se fosse stata rispettata la regola di condotta, e quello concretamente astretto.

Insomma, il risarcimento avrebbe la funzione di riequilibrare lo scambio. Il che non introdurrebbe un principio eversivo dal punto di vista sistematico se si pensa che l'equivalenza oggettiva delle prestazioni, almeno su di un piano giuridico, sta a fondamento della disciplina delle clausole vessatorie. Né potrebbe dirsi che l'eventuale correzione economica del contratto da parte del giudice si ponga in contrasto con l'esercizio dell'autonomia privata¹⁰⁸. A tacer d'altro, è di plastica evidenza che la responsabilità che incombe sulla parte tenuta a predisporre la clausola in

¹⁰⁶ Cfr. C. MIRIELLO, *La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?*, in *Contr. impr.*, 2008, pag. 293; G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbl. e cont.*, 2007, pag. 789.

¹⁰⁷ Per un riferimento F. MASTROPAOLO, *Danno*, III, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, pag. 11.

¹⁰⁸ La considerazione è già in F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, cit., pag. 973.

modo trasparente funge da presidio per il più consapevole svolgimento di essa autonomia nella fase delle trattative¹⁰⁹.

Il ragionamento chiede un ulteriore chiarimento. Il danno differenziale sopra detto, quello precontrattuale appunto¹¹⁰, sarà misurato su una condotta ipotetica rispettosa dell'obbligo di comportamento concretamente violato nella fase delle trattative¹¹¹. Il che importa concettualmente una scissione tra codesto circuito di responsabilità e quello eventualmente derivante dalla violazione di un obbligo *ex contractu*. Sicché non vi è ragione per ritenere assorbita la responsabilità precontrattuale in quella *ex contractu*, così come non v'è ragione per predicare la non cumulabilità delle stesse. In modo analogo un'azione di risarcimento prescinderebbe da un preventivo annullamento del contratto secondo la regola recata dall'art. 1440 c.c.¹¹².

D'altro lato, la responsabilità per violazione del dovere di redigere una clausola in modo chiaro e comprensibile ha quale ineludibile presupposto la successiva conclusione di un contratto. Si è notato che la trasparenza tutela dai possibili effetti negativi che può avere sullo svolgimento di un rapporto una clausola non appieno comprensibile dal consumatore medio al momento in cui gli è proposta, dacché viene da notare che la norma in discorso non si concilia con il caso in cui via sia interruzione delle trattative. Su di un piano logico-giuridico è possibile così affermare che la regola di cui all'art. 35, comma 1, cod. cons., non si applica nel caso in cui a seguito della clausola proposta in modo non chiaro e comprensibile il consumatore abbia deciso di non concludere il contratto.

¹⁰⁹ Analogamente sempre F. PROSPERI, *op. loc. ult. cit.*: «il principio dell'insindacabilità di ciò che le parti hanno deciso sembra, in altri termini, logico che debba operare soltanto quando il contratto sia stato concluso nel rispetto della regola di correttezza, proponendosi il comportamento scorretto della parte nella conclusione del contratto proprio l'obiettivo di turbare, il processo decisionale di controparte».

¹¹⁰ Quando si parla di danno precontrattuale, lo si fa con un'approssimazione linguistica. Con la locuzione si intende infatti un danno che ha la sua genesi nella fase precontrattuale ma che si manifesta in qualsiasi spazio di tempo, anche successivo alla conclusione del contratto.

¹¹¹ Il che non sembra discostarsi, ancora una volta, da quanto previsto dall'art. 1440 del c.c. per il dolo incidente, ove il danno, benché il contratto sia valido, va parametrato alle diverse condizioni alle quali sarebbe stato concluso il contratto in assenza della condotta dannosa.

¹¹² Secondo autorevole dottrina il giudizio risarcitorio si separa dal giudizio di validità, cfr. V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, pagg. 65 e ss.; F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., pag. 305; M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, pagg. 135 e ss.

Si osserva infine che, se i possibili rimedi del consumatore fossero ricondotti esclusivamente nell'alveo della responsabilità, si creerebbe un vuoto di tutela. Sarebbe semplice per il professionista scaricare i costi di un eventuale risarcimento sul consumatore: intanto redigendo una clausola non del tutto chiara per sfruttarne l'ambiguità, rischiando una successiva azione risarcitoria i cui costi sono indirettamente ripartiti sulla massa dei consumatori.

Ecco che allora diviene necessaria una lettura sistematica. L'art. 35 cod. cons. è inserito in una normativa che ha per il resto ad oggetto le clausole vessatorie. Una clausola non trasparente potrebbe ben essere anche vessatoria¹¹³. Anzi, l'intrasparenza rileva come indice sintomatico per un giudizio di vessatorietà¹¹⁴. Sia presa ad esempio la circostanza di una clausola che, oltre a non essere chiara per l'acquirente, determini un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi a suo svantaggio.

Occorre porsi un interrogativo: l'azione per il risarcimento e quella per la nullità saranno alternativamente esperibili per il consumatore? oppure la seconda è pregiudiziale rispetto alla prima? Saremmo per una soluzione, come già accennato, che permetta al consumatore una scelta tra due possibili rimedi: da un lato quella di mantenere la clausola ottenendo un risarcimento del danno, dall'altro, quello di farla caducare. Soltanto le clausole di cui all'art. 36, comma 2, cod. cons., andrebbero sicuramente dichiarate nulle. Riterremmo così che nel caso in cui alla non trasparenza si cumuli la vessatorietà della clausola, al consumatore sarebbe offerta

¹¹³Come osservato in dottrina «Non si può non rilevare che sovente la mancanza di trasparenza nasconde svantaggi sostanziali e che, in ogni caso, essa impedisce di cogliere le chances offerte dalla concorrenza, comportando una deformazione del mercato e provocando conseguentemente, uno svantaggio ed iniquità anche sul piano contenutistico», V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"*, cit., pagg. 61 e 62. In giurisprudenza, Trib. Roma 21 gennaio 2000, in *Corr. giur.*, 2000, pag. 496, con nota di Orestano, Di Majo.

¹¹⁴E. PODIGGHE, *I contratti con i consumatori*, cit., pag. 322, rileva che la redazione di clausole in termini scarsamente chiari o comprensibili non dovrebbe condurre ad un autonomo giudizio di inefficacia, potendo invece rilevare quale eventuale sintomo del carattere vessatorio della clausola. V. anche A. JARACH, *Art. 1469 quater – Forma e interpretazione*, cit., pag. 609; F. DI GIOVANNI, *La "inefficacia" delle clausole vessatorie*, in *Clausole "vessatorie" e "abusive" (Gli artt. 1469 – bis e ss. c.c. e i contratti col consumatore)*, op. cit., pagg. 198 e 199; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006, pag. 73. In senso contrario P. SIRENA, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori – Commentario agli articoli 1469 bis – 1469 sexies del codice civile*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 1997, pag. 563.

un'opzione aggiuntiva rispetto al caso di sola abusività della clausola: chiedere il risarcimento. Il regime sanzionatorio alternativo darebbe al consumatore un vantaggio; razionale, se si considera che a questi potrebbe essere stata proposta una clausola vessatoria in modo non chiaro o comprensibile, di talché non poteva neanche avvedersi del profilo di illegittimità.

Pare opportuno procedere a delle ulteriori considerazioni. Il problema, nel caso in cui si intendesse il rimedio risarcitorio alternativo rispetto a quello dell'azione per far valere la nullità della clausola (il riferimento è quindi ad una clausola che oltre ad essere non trasparente è anche vessatoria), sarebbe quello di evitare che il consumatore chieda prima il danno, e successivamente eccepisca la vessatorietà della stessa clausola. Ci parrebbe, in questo caso, che il risarcimento sia il prezzo che il professionista paga per regolare - e dunque riequilibrare - la clausola vessatoria. Per di più il pagamento del prezzo avrebbe la funzione di valere sostanzialmente come nuova trattazione della clausola, sicché il consumatore non potrebbe più eccepire che non vi è stata trattativa individuale; dunque, non potrebbe più far valere la vessatorietà (art. 34, c. 4, cod. cons.).

Nel caso particolare in cui il consumatore chieda il risarcimento per la mancanza di chiarezza o comprensibilità della clausola, non avvedendosi che questa è anche vessatoria, sarebbe il giudice ex art. 36, comma 3, cod. cons., a poter eccepire la probabile illegittimità della stessa; ferma la possibilità per il consumatore di chiedere che la clausola rimanga valida ed il risarcimento sia commisurato al danno patito. La tutela del consumatore, derivante dalla possibilità di chiedere la nullità della clausola, rimarrebbe in questo modo garantita¹¹⁵.

¹¹⁵Per delle notazioni sulla regolazione delle clausole vessatorie E. PODIGGHE, *I contratti con i consumatori*, cit., pag. 237. Alcuni spunti interessanti ai fini del nostro discorso sono in S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, IV, 2003, il quale ritiene che alla nullità relativa ben si attagli la convalida. Per una posizione diversa. Sul punto cfr. A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1999, pag. 1373, secondo il quale la *ratio* del fatto stesso di aver comminato una nullità appare quella di precludere una convalida.

La questione può anche essere ragionata in diverso modo: reputando il giudizio di vessatorietà pregiudiziale rispetto a quello risarcitorio. La parte che volesse chiedere i danni per violazione del precetto dell'art. 35, comma 1, dovrebbe prima chiedere una verifica della vessatorietà della clausola. Nel caso questa venisse dichiarata, troverebbe spazio la sanzione specifica della nullità. Nel caso in cui la vessatorietà fosse esclusa, rimarrebbe aperta la strada risarcitoria, e, l'art. 35, comma 1, svolgerebbe il proprio ufficio a tutela del consumatore. Questa tesi incanalerebbe un giudizio risarcitorio in uno di vessatorietà, in definitiva facendo dipendere il primo dal secondo. La logica di una tutela più ampia e immediata offerta al consumatore sembrerebbe tradita da una ricostruzione di questo tipo.

4. Trasparenza e vessatorietà

La trasparenza è stata elevata dalla direttiva CEE 93/13 del 5 Aprile 1993, a regola generale nell'ambito della contrattazione del consumatore. Al pari della vessatorietà è inserita per tutelare il consumatore che aderisce ad un contratto proposto dal professionista. Mentre la chiarezza e la comprensibilità (trasparenza) sembrano riposare su di un criterio formale, la vessatorietà introdotta dalla direttiva è invece per antonomasia risultato di un controllo contenutistico del contratto¹¹⁶. Questa constatazione non deve condurre ad una fuorviante separazione concettuale tra forma e contenuto; abbiamo già chiarito che una clausola intrasparente può ben essere anche vessatoria.

Che una impostazione del genere fosse pure negli intenti del legislatore comunitario, pare trovar conferma anche nell'*iter* formativo della direttiva. Dai lavori preparatori si evince che la trasparenza avesse nelle considerazioni dei redattori un aggancio diretto col profilo della

¹¹⁶In questo senso A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Prima riflessioni sulla Direttiva comunitaria n. 93/13 (clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1993, I, pag. 725, la Direttiva consente di istituire un controllo sulle clausole "sia dal punto di vista della loro *intelligibilità* sia dal punto di vista del loro *contenuto*".

vessatorietà¹¹⁷. A riprova di questo v'è l'evidenza che nella Proposta del 1990 si suggerì di introdurre come ulteriore criterio di iniquità la *non trasparenza*. Il Parlamento europeo conformemente incluse un nuovo considerando (12 *bis*), nel quale si stabiliva che la redazione della clausola in forma chiara e comprensibile avesse carattere vincolante. Ancora, il Parlamento europeo propose di inserire tra i criteri generali dell'art. 2 quelli per cui una clausola era da considerare vessatoria se *illeggibile, ambigua, incomprensibile*.

Evidentemente il progetto fu successivamente abbandonato, e alla stesura definitiva della direttiva la trasparenza non era più correlata esplicitamente alla vessatorietà ma non conteneva neanche un'altra sanzione.

Il faticoso percorso su cui la normativa ha preso corpo non può essere considerato privo di significato. Tra le varie possibili, la lettura che noi diamo alla scelta legislativa finale è quella per cui non si è voluta circoscrivere la trasparenza nella vessatorietà, pur tuttavia non si è voluta neanche del tutto estromettere quest'ultima. La trasparenza sarebbe stata considerata una regola più ampia¹¹⁸, che opera immediatamente e su di un piano formale. Quanto detto non vale ad escludere (o almeno, non valeva ad escludere nelle intenzioni del legislatore) che l'intrasparenza possa determinare uno squilibrio sostanziale del rapporto tra professionista e consumatore¹¹⁹.

¹¹⁷In questo senso V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"*, cit., pagg. 59 e ss., il quale ricostruisce dettagliatamente l'iter formativo della direttiva.

¹¹⁸Nel senso che chiarezza e comprensibilità sembrano riferirsi a tutte le clausole siano esse vessatorie o no, ed in questo senso comporrebbero un principio più ampio, G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, pag. 419.

¹¹⁹Ampiamente discusso è in dottrina quale sia il significato della trasparenza. Cfr. A. A. DOLMETTA, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (Direttiva CEE n. 93/13)*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1994, pag. 450, per il quale il termine trasparenza ha un'accezione ampia comprensiva di buona fede e riequilibrio; *contra* G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, pag. 712, ritiene che «altro è perseguire la trasparenza, altro è perseguire l'equilibrio tra prestazioni». Per l'autore l'informazione della fase precontrattuale e funzionale alla costruzione del regolamento contrattuale; si configura una sequenza obbligata per cui solo quelle clausole illuminate da informazione possono far parte del regolamento contrattuale.

Anzi, l'idea che la mancanza di chiarezza e di comprensibilità possano riverberarsi sulla portata contenutistica del contratto pare essere il vero *trait d'union* che unisce due discipline - quella della trasparenza e quella della vessatorietà – apparentemente senza punti di contatto. Sembrerebbe infine coerente ritenere, come da noi fatto, che ad una violazione dell'obbligo di chiarezza o comprensibilità faccia seguito la responsabilità risarcitoria.

Lo stesso passaggio da una clausola non sufficientemente chiara, trasparente, precisa e determinata, ad un giudizio di vessatorietà, viene ormai ammesso in Germania¹²⁰. La circostanza è di non scarso rilievo se si riflette sul fatto che proprio la disciplina tedesca, sulla quale si svolgeranno in appresso alcune precisazioni (§ 8), è stata di riferimento per la legislazione europea in materia¹²¹.

L'ipotesi di un collegamento tra valutazione di trasparenza e giudizio di vessatorietà pare suffragata anche dall'art. 34, comma 2, cod. con. Vale la pena riportarne testualmente le parole: «*La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile*».

La disposizione merita qualche osservazione. La *ratio* della norma sembra essere quella di tutelare la libertà delle parti di individuare *oggetto*¹²² e *corrispettivo*¹²³. Parrebbe che detto obiettivo sia perseguito dal legislatore muovendo in una duplice direzione: impedendo il giudizio di vessatorietà e

¹²⁰V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"*, cit., pagg. 65 e 66.

¹²¹V. RIZZO, *Le "clausole abusive" nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Camerino – Napoli, 1994, pag. 537.

¹²²A. PALMIERI, *Imprese assicuratrici e contrattazione seriale: la falciata delle clausole abusive*, in *Danno e resp.*, 2001, pag. 626, riporta una serie di clausole con la funzione di regolare il contratto di assicurazione, che non possono essere considerate vessatorie in quanto attinenti all'oggetto. Tra le altre: quelle volte ad escludere taluni casi dalla copertura assicurativa, quelle con cui si specificano le persone non ritenute terze ai fini della r.c.a., quelle che elencano beni esclusi o inclusi nella copertura assicurativa, quelle inerenti al danno indennizzabile ecc. Per una lucida analisi sull'oggetto dell'art. 34, c. 2, cod. cons., C. CIOFFI, *La "inefficacia" delle clausole vessatorie*, in *Clausole "vessatorie" e "abusive"* (Gli artt. 1469 – bis e ss. c.c. e i contratti col consumatore), op. cit., pagg. 201 e ss.

¹²³Evidenziano la sottile linea di confine tra clausole che incidono direttamente sul contenuto economico del contratto, e clausole che pur manifestando un loro riflesso su questo piano, sono maggiormente rivolte ad influire sull'assetto normativo F.D. BUSNELLI – U. MORELLO, *La Direttiva 93/13 Cee del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, pagg. 374 e ss.

successivamente facendolo riemergere nel caso le clausole non siano trasparenti. Ebbene, qualora si apra la strada ad un giudizio di vessatorietà, la libertà di determinazione sarebbe messa a repentaglio dall'intervento di un giudice su di una clausola essenziale. D'altro canto la mancanza di trasparenza non consentirebbe fin dall'inizio alla parte che aderisce di determinare – o almeno di essere a conoscenza – del contenuto delle clausole; il giudizio di vessatorietà ha in questo caso la funzione di far redigere le clausole in modo pienamente conoscibile.

Insomma, se le clausole che riguardano oggetto e corrispettivo introducessero uno squilibrio sostanziale, dovendosi ritenere che fosse nella libertà negoziale delle parti determinarne il contenuto, non si potrebbe procedere ad un giudizio di vessatorietà.

Qualora le stesse clausole sull'oggetto e sul corrispettivo siano intrasparenti, la libertà negoziale sarebbe compromessa *ab initio*. Verrebbero meno le ragioni per evitare un'eventuale¹²⁴ declaratoria di nullità, alla quale conseguirebbe secondo alcuni, la determinazione da parte del giudice del contenuto delle clausole¹²⁵; secondo altri, la nullità totale del contratto¹²⁶. Non vi sarebbero dubbi soltanto nel caso in cui al di là della

¹²⁴Coerentemente a quanto sostenuto per l'art. 35, cod. cons., riteniamo che la mancanza di trasparenza dia luogo ad un giudizio di vessatorietà da accertare separatamente. V. nota 28.

¹²⁵La questione lambita è molto delicata. Si tratta di capire una volta che un giudizio di vessatorietà trova spazio e venga dichiarata la nullità della clausola ex art. 36, cod. cons., cosa succede. In particolare emergono due interrogativi: come coordinare la nullità parziale di una clausola che determina l'oggetto, con l'art. 1325 c.c., che eleva l'oggetto a requisito essenziale del contratto per il quale opererebbe una nullità ex art. 1418 c.c., comma 2? il giudice avrebbe dei poteri d'integrazione del testo contrattuale? Una parte degli studiosi ritiene che, al fine di tutelare il contraente debole, sarebbe ammissibile nel caso di dichiarazione di nullità di una clausola essenziale, la determinazione giudiziale dell'oggetto del contratto. Così M. CASOLA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. Barenghi, Napoli, 1996, pag. 131; A. BARENGHI, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, pag. 50.

¹²⁶G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, cit., pag. 419, ritiene, in modo più condivisibile, che un intervento correttivo giudiziale, che incida sull'assetto negoziale in modo così rilevante, non trova nessun fondamento giuridico. Nello stesso senso E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., pagg. 78 e 79, del quale si sottoscrivono le parole: «.. imboccata la via della c.d. nullità parziale necessaria, il legislatore avrebbe dovuto percorrerla con coraggio sino alla fine, prevedendo i principi necessari per l'adattamento giudiziale del contratto; in altre parole, avrebbe dovuto indicare le fonti alle quali attingere per integrare la disciplina contrattuale divenuta lacunosa, consentendo così al giudice di salvare il contratto, pur in presenza di una clausola vessatoria incidente su di un elemento essenziale. [...] E' evidente peraltro che alla lacuna derivante dalla nullità della clausola che ad esempio stabilisce il prezzo non è possibile rimediare invocando il diritto dispositivo,

formulazione non chiara o comprensibile, l'oggetto sia indeterminato o indeterminabile: la sanzione sarebbe sicuramente la nullità del contratto di cui all'art. 1418 c.c., comma 2¹²⁷.

Pensiamo - coerentemente a quanto sostenuto a proposito dell'art. 35, comma 1 - che anche per le clausole riguardanti l'oggetto o il corrispettivo che siano non trasparenti e vessatorie, venga attribuita una possibilità di scelta al contraente debole tra rimedio risarcitorio o declaratoria di nullità.

Avevamo infatti concluso che una clausola può essere semplicemente non chiara e comprensibile, ed allora vi sarà una tutela risarcitoria - ex art. 35, comma 1 - per il contraente che abbia subito un danno; o che la clausola oltre ad essere non chiara e comprensibile, introduca anche uno squilibrio sostanziale nel contratto e sia dunque da considerare vessatoria. In quest'ultimo caso la parte danneggiata può agire in via risarcitoria oppure chiedere la nullità della clausola in questione.

Nel caso della clausola che riguardi l'oggetto o il corrispettivo l'alternanza di rimedi sarebbe particolarmente proficua: il consumatore potrebbe essere spinto a chiedere un risarcimento (art. 35 c. 1) piuttosto che correre il rischio, eccetto la nullità della clausola sull'oggetto o sul corrispettivo, di vedersi caducato l'intero contratto perché venuto meno un requisito essenziale (art. 1418, c. 2, c.c.).

Cercando di tirare le fila del discorso, non sembra revocabile in dubbio che l'art. 34, comma 2, cod. cons., crei un "ponte" tra trasparenza e giudizio di vessatorietà. La mancanza di trasparenza di clausole che riguardano l'oggetto o il corrispettivo può aprire la strada – altrimenti preclusa – ad un giudizio di vessatorietà sulle stesse. Sotto il profilo della trasparenza non sembra vi sia ragione per porre una distinzione tra clausole essenziali e

ma semmai ricorrendo ad equità. Il legislatore intende davvero statuire che, ricorrendo all'equità, il contratto può essere sostanzialmente scritto dal giudice? [...] A siffatte rivoluzionarie conclusioni non pare possa giungersi in via interpretativa, nel silenzio della norma in esame. Naturalmente, la mancanza di apposite norme di adattamento può in punto di fatto, portare alla vanificazione della sanzione della nullità, poiché il consumatore, posto di fronte all'alternativa tra un contratto con clausole vessatorie e nessun contratto, sarà con ogni probabilità indotto a preferire la prima ipotesi».

¹²⁷ Così S. MEUCCI, *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Vettori, cit., pag. 349 in nota 35.

clausole accessorie¹²⁸; se il giudizio di vessatorietà si prospetta quale possibile conseguenza per le clausole essenziali del contratto, *a fortiori* è possibile conseguenza per tutte le altre clausole non chiare e comprensibili.

Sarebbe errato invertire la logica del discorso e ritenere che la vessatorietà sia conseguenza esclusiva dell'intrasparenza. L'art. 34 ruota intorno al perno, manifesto già nella rubrica: "*Accertamento della vessatorietà delle clausole*". Non precludere un giudizio di vessatorietà non significa che questo sia anche il rimedio esclusivo nel caso una clausola manchi di trasparenza.

Il dispositivo dell'art. 34 c. 2 rende, a nostro sommo avviso, più nitido il disegno del legislatore. La redazione di una clausola in modo non chiaro e comprensibile, che avrebbe un rimedio risarcitorio ex art. 35 c. 1, può ben tradursi in uno squilibrio sostanziale della stessa clausola, la quale clausola potrebbe essere dichiarata nulla. Non è da escludere in detto ultimo caso che il consumatore, anziché eccepire la nullità, chieda soltanto un risarcimento del danno, facendo valere la speciale ipotesi di responsabilità precontrattuale oggettiva dell'art. 35 c. 1.

Le patologie della forma talvolta si sovrappongono e sommano allo squilibrio contrattuale. La Direttiva 13/93 inserendo l'obbligo di trasparenza pare aver preso atto di questa interferenza; la predisposizione di diversi rimedi, la cui scelta è rimessa al consumatore, sembra comunque salvaguardare la tutela della parte debole.

¹²⁸ V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"*, cit., pagg. 39 e 40: «il collegamento dell'art. 1469-*quater* con l'art. 1469-*ter*, comma 2, che rappresenta un altro momento forte dell'esigenza di trasparenza, consentendosi, in caso di sua assenza, un ampliamento del giudizio di vessatorietà a clausole, in linea di principio ad esso sottratte, fa intendere, nel definire ulteriormente l'ambito di operatività della norma in esame, che sotto il profilo della trasparenza non si rinviene alcuna ragione per distinguere tra clausole essenziali e accessorie, tra clausole concernenti "l'assetto normativo" e clausole relative "all'assetto economico" del contratto; distinzioni che sembrano invece mantenere il loro rilievo sotto il profilo della vessatorietà».

5. Sul significato di "chiaro e comprensibile"

Facciamo ora per comodità riferimento ad un testo scritto, ritenendo che il ragionamento potrebbe essere esteso anche a casi in cui una proposta non si espliciti in un testo; tuttavia ci riserviamo di tornare in seguito sulla dubbia riferibilità della regola di trasparenza ai soli contratti scritti o anche a quelli orali. Orbene, in un attento studio, cui si è accennato in precedenza¹²⁹, ha evidenziato che ogni dichiarazione negoziale configura un fatto linguistico: una serie di segni che contengono un determinato messaggio. Ogni segno partecipa di un significante e di un significato. Il significante è l'espressione usata dall'autore; il significato è il contenuto che può ad essa attribuirsi mediante l'uso di un codice. Una proposta contrattuale, così come qualsiasi dichiarazione negoziale, postula un'attività di codificazione: il proponente associa ad una determinata idea una determinata combinazione di segni, in base ad un determinato codice. Risulta da questa operazione una formulazione linguistica.

La formulazione linguistica non rimane a colui che l'ha compiuta; si rivolge a qualcuno, nel nostro caso al consumatore. Quest'ultimo deve verosimilmente compiere un'attività inversa rispetto a quella del proponente: deve decodificare il messaggio. Sussunta sotto un determinato codice, la formulazione linguistica torna ad essere rappresentazione di un'idea per il destinatario. La chiarezza e la comprensibilità presidiano l'ultima parte del procedimento, quello spazio temporale in cui la formulazione segnica – in sé non significativa – viene decodificata.

Il legislatore comunitario ha fatto della trasparenza uno dei “*nuclei portanti*” della disciplina a tutela del consumatore¹³⁰. La chiarezza e la comprensibilità assurgono a principali riferimenti di un più generico dovere di trasparenza, costituendone una specificazione in riferimento al

¹²⁹ Cfr. le osservazioni di M. ONORATO, *Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto stipulato col consumatore*, cit., pag. 604.

¹³⁰ V. RIZZO, *Trasparenza e “contratti del consumatore”*, cit., pag. 64; F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, pag. 75.

contratto¹³¹. Il legislatore ha così inteso assicurare al consumatore l'accesso al testo contrattuale, con il fine di garantire un'informazione dettagliata e completa, funzionale ad una consapevole manifestazione del consenso¹³².

A questo punto bisogna porsi degli interrogativi: cosa s'intende nell'art. 35 cod. cons. per chiarezza e comprensibilità? come vanno valutate la chiarezza e la comprensibilità, in senso oggettivo o soggettivo?

L'espressione "*chiaro e comprensibile*" compone una regola fondamentale: non si scende nel particolare del regolamento d'interessi, quanto piuttosto si persegue una valutazione globale e complessiva¹³³.

Alcuni autori ritengono che chiarezza e comprensibilità siano termini di un'endiadi, nel senso che ciò che è chiaro è anche comprensibile, e viceversa¹³⁴.

Differentemente, da altra angolazione si riferisce il primo requisito alle modalità di espressione delle clausole, ovvero al loro aspetto formale¹³⁵: le clausole devono essere leggibili. La comprensibilità¹³⁶ avrebbe una portata più sostanziale, rivolgendosi al contenuto delle clausole, alle quali dovrebbe poter essere attribuito l'esatto senso¹³⁷.

¹³¹ In materia finanziaria ad esempio, un'altra manifestazione della trasparenza si sostanzierebbe nel dovere di dare informazioni nella fase successiva al contratto. Si veda per un'analisi degli aspetti controversi B. INZITARI – V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione degli strumenti finanziari*, Padova, 2008, pagg. 51 e ss.

¹³² E. PODIGGHE, *I contratti con i consumatori*, cit., pag. 315.

¹³³ Si sarebbe anche potuta imporre un'indicazione dettagliata delle condizioni contrattuali e dei termini economici come ad esempio si fa in specifici settori: operazioni bancarie, finanziari o di credito.

¹³⁴ V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"*, cit., pag. 45; F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, cit., pag. 81; M. ONORATO, *Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto stipulato col consumatore*, cit., pag. 603.

¹³⁵ Assumerebbero un'importanza fondamentale le modalità redazionali. Cfr. S.T. MASUCCI, *Art. 1469 quater (Forma e interpretazione)*, cit., pag. 150. Anche l'uso di un inchiostro potrebbe rilevare, ad esempio quando sia simile al colore della carta. E. PODIGGHE, *I contratti con i consumatori*, cit., pag. 316.

¹³⁶ La comprensibilità di una clausola verrebbe meno nel caso d'impiego di locuzioni eccessivamente tecniche laddove non ve ne sia ragione. La clausola espressa mediante l'uso di tecnicismi dovrebbe eventualmente essere spiegata al consumatore, anche mediante un richiamo a materiali informativi extra-testuali. Cfr. G. ALPA, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori – Commentario agli articoli 1469-bis – 1469-sexies del codice civile*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 1997, pag. 20.

¹³⁷ M. COSTANZA, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. civ.*, 1994, pagg. 545 e ss.; P. GIAMMARIA, *Art. 1469 – quater: forma e*

Un'altra posizione, in modo forse maggiormente condivisibile, coglie la valenza unitaria del formula in esame, volta a far capire correttamente al consumatore il significato delle clausole¹³⁸.

Qualora vi sia un rinvio ad una clausola extra-testuale si deve ritenere che il requisito della chiarezza e della comprensibilità debba essere rispettato non solo dalla clausola che tale rinvio contiene, ma anche dalla clausola che viene richiamata¹³⁹.

Altro profilo di estrema importanza va ravvisato nei diversi punti di vista dai quali può essere compiuta la valutazione di trasparenza. Di particolare rilievo è capire se il contesto e il soggetto possano assurgere a parametro di misura ed in quale modo.

A ben vedere parlare di trasparenza in senso strettamente oggettivo non avrebbe senso, la clausola non può essere considerata astrattamente. La discussione di una clausola in astratto sarebbe *«un'operazione scientificamente non attendibile e praticamente infruttuosa»*, bisogna dunque muovere da distinzioni e dalla constatazione che la trasparenza può *«avere diverse gradazioni, a seconda dei diversi tipi contrattuali che si prendono in considerazione»*¹⁴⁰. Del resto, sarebbe anche impossibile una valutazione puramente soggettiva, dal momento che comunque un minimo di oggettivazione è necessaria per capire se un soggetto era nella condizione di conoscere o meno.

Si tratta quindi di calibrare il giusto punto di riferimento, avendo presenti sia le esigenze di tutela del consumatore, sia anche le esigenze dell'impresa nel mercato. Prima di esporre le varie posizioni ci sembra di

interpretazione, cit., pagg. 1021 e ss.; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., pag. 72.

¹³⁸S. MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., pag. 89, rileva che «...non si può tacere il fatto che essa (chiaro e comprensibile) appare comunque rivolta ad esprimere un concetto dotato di valenza unitaria, che abbraccia una serie di significati tra loro strettamente connessi e complementari, gli stessi intanto acquistano forza e vigore in quanto non siano scomposti in più elementi concettuali tra loro distinti ed autonomi, ma vengono considerati nel loro complesso».

¹³⁹Cfr. E. PODIGGHE, *I contratti con i consumatori*, cit., pag. 317.

¹⁴⁰G. ALPA, *Note minime sulla trasparenza dei contratti bancari e finanziari*, in *La nuova legge bancaria. Il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione. Commentario*, a cura di P. Ferro-Luzzi e G. Cataldi, III, Milano, 1996, pag. 1783.

poter evidenziare una certa somiglianza delle conclusioni cui giungono, determinata da differenze molto più sottili di quanto potrebbe apparire.

Un primo orientamento, opta per una distinzione tra clausole preformulate in astratto, cioè rivolte ad una pluralità di possibili contraenti a prescindere da un loro concreto uso in determinato contratto, e clausole preformulate in uno specifico contesto e per uno specifico cliente¹⁴¹. Nel primo caso il criterio guida sarà improntato a parametri generali ed astratti, avendo riferimento ad un contraente potenziale che viene identificato nel consumatore medio. Non sarebbe comunque precluso, secondo questa opinione, un “processo di tipizzazione” con la finalità di differenziare a seconda della natura dei contratti o della cerchia dei clienti. Nel secondo caso diversamente, non sarebbero riproponibili gli stessi criteri, dovendosi verificare la presenza o no della chiarezza e della comprensibilità nello specifico contesto contrattuale e avendo a riferimento lo specifico consumatore con cui si è stipulato. Anche in quest’ultima circostanza sembra comunque certo il riferimento al parametro dell’uomo di ordinaria diligenza¹⁴²; l’ordinamento tutela la buona fede e l’affidamento della controparte solo quando questa sia stata diligente nell’informarsi.

Sempre tra chi pone una distinzione tra clausole di un contratto *standard* e clausole preformulate per il singolo affare, v’è chi - risolvendo solo la prima evenienza - ritiene che la valutazione di trasparenza vada fatta avendo riguardo al “*cliente tipo del mercato di riferimento*”¹⁴³. In definitiva questa opinione dà risalto al «*contraente tipo che di regola acquista quel determinato bene o servizio*», prendendo dunque una posizione in senso tendenzialmente oggettivo. La menzione del “mercato di riferimento”

¹⁴¹V. RIZZO, *Trasparenza e “contratti del consumatore”*, cit., pag. 48.

¹⁴²F. FALCO, *Art. 1469-quater*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, pag. 151; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, cit., pagg. 145 e ss.

¹⁴³AND. GENOVESE, *L’interpretazione del contratto standard*, cit., pag. 175, il quale chiarisce che per il taglio dato alla ricerca non si sofferma sul contratto predisposto per il singolo affare.

invece sembrerebbe intendere una distinzione topografica- linguistica, più che per tipologia di mercato¹⁴⁴.

Una diversa posizione, in modo ancor più estremo e non ponendo nessuna distinzione con il contratto singolarmente predisposto, reputa che il giudizio di chiarezza e di comprensibilità «*va condotto tenendo presente il significato che l'espressione assume secondo il comune modo di parlare*», e quindi nel senso in cui la clausola sarebbe intesa dalla generalità di consociati¹⁴⁵. Il riferimento non andrebbe fatto a persone di particolari capacità, restando indifferente il particolare caso in cui il contraente specifico sia in grado per particolari capacità di superare l'oscurità della dichiarazione, bensì al consumatore medio.

Altri autori infine – pur muovendo da canoni di media conoscibilità – pongono l'accento sulla rilevanza da attribuire alle circostanze del caso concreto e all'individualizzazione, seppur in termini di oggettività, della figura del consumatore¹⁴⁶. Assunto, quest'ultimo, che porterebbe a non valutare più genericamente il consumatore ma, per esempio, l'acquirente di una vendita negoziata fuori dai locali commerciali, il debitore di un contratto di credito, eccetera. L'orientamento in rassegna dà così conto delle *modalità di conclusione del contratto* e del *tipo di mercato* in cui è avvenuto

¹⁴⁴AND. GENOVESE, *op. ult. cit.*, pagg. 171 e ss., premette che il giudizio di trasparenza va condotto con criteri per lo più oggettivi e spersonalizzati, non ricorrendo, di regola, nel caso del contratto standard alcuna singolare cornice di circostanze entro la quale inserire il singolo e spersonalizzato atto di adesione. Sebbene la ricostruzione parta dalla identificazione del contraente tipo che di regola acquista quel bene o servizio, non viene posta una distinzione tra mercato creditizio, assicurativo, alimentare ecc. L'opinione in rassegna non sembra, se ben si capisce, dar rilievo ai diversi mercati e le differenti modalità con cui vengono scambiati i beni. Successivamente l'autore menziona sì il "mercato di riferimento", ma per vagliare il caso della clausola redatta in una lingua non comprensibile al contraente; concludendo, in modo condivisibile, che la redazione di una clausola debba avvenire nelle lingue generalmente conosciute nel particolare contesto del luogo di adesione del contratto di massa.

¹⁴⁵G. STELLA RICHTER, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., pag. 1029; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., pag. 73, il quale specifica che rileverebbero le circostanze del caso concreto, ad esempio prassi e consuetudini di affari del settore. Sempre secondo lo stesso autore le particolari caratteristiche soggettive del contraente potrebbero rilevare, ricorrendo alla buona fede oggettiva dell'art. 1366 c.c., nel caso di contratto predisposto per una singola operazione con un dato consumatore, non invece nelle ipotesi di un contratto standard.

¹⁴⁶S.T. MASUCCI, *Art. 1469 quater (Forma e interpretazione)*, cit., pag. 147; S. MARTUCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., pagg. 93 e 94; per ampie notazioni sul punto cfr. anche N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Cont. e imp. Eur.*, 2010, pagg. 549 e ss.

lo scambio; in tal senso sembra concedere spazio ad una valutazione della trasparenza in chiave maggiormente soggettiva.

6. Alcuni requisiti di un testo trasparente

Sembrerebbe utile, di là della questione delineata poc'anzi, raccogliere talune indicazioni puntuali emerse in dottrina circa la valutazione di chiarezza e comprensibilità.

Noteremmo che il primo requisito che deve soddisfare una clausola contrattuale è quello di avere un significato logico determinato e proprio di una convenzione (o codice) linguistica. E' in quest'ultima che si determina il significato semantico e sintattico delle proposizioni. In tale senso potremmo dire che chiarezza e comprensibilità vengono dapprima vagliate oggettivamente e, soltanto subordinatamente in riferimento al consumatore, ad una categoria particolare di consumatori, oppure ad una specifica persona.

In parallelo ad uno studio che ha messo in risalto il problema della lingua usata nel contratto in relazione al profilo della trasparenza, si crede che il codice debba anzitutto essere in uso nel luogo di adesione del contratto¹⁴⁷. È infatti incontrovertibile che una clausola redatta in una lingua straniera rispetto ad un determinato territorio a cui è destinata, non potrà certo dirsi trasparente. L'intrasparenza in questo caso non è un "in sé" del testo, bensì un problema di diffusione della convenzione linguistica utilizzata¹⁴⁸.

Dunque, è necessario non solo che una clausola abbia un significato logico in un determinato codice linguistico, ma anche, che quel codice linguistico sia conosciuto nel luogo in cui la clausola viene utilizzata.

¹⁴⁷ AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., pagg. 170 e ss.

¹⁴⁸ Sembra così spiegarsi anche l'uso di rimedi diversi nel caso di contratto in lingua straniera; v. Pret. Torino, 16 gennaio 1995, in *Contratti*, 1995, pagg. 479 e ss., con nota di C. LEO, *Lingua straniera ed errore determinante e incidente*, ove emergono le due soluzioni: da un lato la nullità per mancanza del consenso; dall'altro, dell'annullabilità per errore ai sensi dell'art. 1433 c.c.

Cercando di muovere lungo un percorso ideale che va dal generale allo specifico, si tratterebbe ora di evincere dei “criteri guida” che permettano di stabilire quali altri requisiti, oltre ai due evidenziati, debba avere una clausola per dirsi trasparente.

L’analisi a questo punto si sposta all’interno del testo. Le difficoltà per enucleare regole certe aumentano; appare evidente che chiarezza e comprensibilità costituiscano volontariamente una formula molto ampia, non suscettibile di essere precisamente delineata *a priori*.

Un problema nella redazione del testo è quello dell’uso di termini tecnici. Può trattarsi di vocaboli giuridici, scientifici, delle telecomunicazioni o propri di altri settori¹⁴⁹. E’ necessario capire in questi casi se ed in quale misura un termine tecnico può essere utilizzato.

Il semplice uso del “vocabolario comune” risulta insoddisfacente negli scambi; il mercato globalizzato richiede sempre più l’uso e la conoscenza di parole tecniche di determinati settori merceologici. Oltre a termini come *leasing*, mutuo, responsabilità civile, azione, titolo di stato, portale d’accesso, *call center*, *internet*, che sono ormai rifluiti nel lessico comune¹⁵⁰, ve ne sono altri che continuano ad appartenere a sottocodici settoriali, eppure che vengono frequentemente utilizzati nei contratti.

Da un lato l’uso di morfemi specifici sembra necessitato: l’ufficio descrittivo può essere ben assolto esclusivamente da un termine tecnico; dall’altro v’è il pericolo che l’utilizzo di tecnicismi diventi strumentale a non far capire bene al consumatore il testo contrattuale.

Una acuta riflessione ha, in modo condivisibile, evidenziato che l’uso di termini e locuzioni tipiche di codici tecnici debba essere limitato e che

¹⁴⁹ Il problema può essere unitariamente trattato, ma è bene sottolineare che l’uso di lemmi giuridici è particolarmente ricorrente ed importante.

¹⁵⁰ Ebbene si pone una prima fondamentale questione: capire quando un termine può dirsi tecnico e non appartenente al codice linguistico comune. Cfr. T. DE MAURO, *Capire le parole*, Bari, 1994, pagg. 81 e 82, il quale traccia una distinzione tra vocabolario comune e sottocodici relativi a particolari professioni e mestieri.

più in generale debba essere utilizzata una prosa semplice, lineare ed asciutta¹⁵¹.

Particolarmente insidioso è poi il caso di utilizzo di termini in una lingua differente da quella del testo contrattuale. L'uso smodato - cioè quello non necessario e limitato - sarebbe da ritenere illegittimo. La parola in lingua diversa rispetto al testo contrattuale potrebbe essere utilizzata soltanto - diremmo - se *esclusiva* o *universale*.

Si pensi ai termini inglesi ricorrenti nelle contrattazioni finanziarie (anche degli intermediari italiani) : *ask, buy, sell*; questi sono perfettamente traducibili in altrettanti lemmi di lingua italiana che esprimerebbero in egual modo il concetto alla base. Dunque non sono esclusivi. Allora, o si dovrebbe ammettere che hanno una valenza universale, e cioè che sono entrati nel codice linguistico comune (o almeno comune alla categoria dei consumatori/investitori) del luogo a cui le clausole sono destinate, oppure si potrebbe verificare l'intrasparenza della clausola che essi contiene¹⁵². Più probabile invece che possano essere considerati come esclusivi, ovvero come unici modi per spiegare sinteticamente un determinato concetto, morfemi come *stock-option, stop-loss*, e così via¹⁵³.

La spiegazione - traduzione di una parola espressa in lingua straniera sarebbe comunque preferibile, dal momento che in definitiva il giudizio di trasparenza sulla stessa dipende dall'evoluzione del codice linguistico.

¹⁵¹ Sono ricche di spunti in proposito le pagine di M. ONORATO, *Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto stipulato col consumatore*, cit., pagg. 601 e ss. L'autore facendo un'ampia indagine semiotica e linguistica afferma che (pag. 618): «i codici devono essere utilizzati in modo che il testo risulti comprensibile per il consumatore. I linguaggi, quello comune e quelli tecnici, sono da applicare secondo i criteri che rendono più semplice la decodificazione da parte dell'utente [...] le clausole sottoposte al consumatore risulterebbero più comprensibili ove: a) Sia utilizzato un periodare semplice e lineare. [...] b) Sia limitato l'uso di termini e locuzioni tipiche di codici tecnici [...] La spiegazione del significato di termini tecnici dovrebbe dunque concentrarsi sui segni più rilevanti nell'economia dell'affare. La valutazione del numero di parole tecniche rimane comunque un indice molto utile per valutare la chiarezza della proposta dal punto di vista semantico».

¹⁵² Rileveremmo come la non trasparenza di una singola parola non per forza coincida con la non trasparenza della clausola in cui è contenuta. Sicuramente il termine non chiaro o comprensibile potrebbe costituire per l'interprete un utile indicatore nella valutazione complessiva della clausola.

¹⁵³ Si potrebbe osservare che gran parte dei termini che abbiamo definito esclusivi diventano tendenzialmente universali. Non è invece vero il contrario.

Un altro aspetto della trasparenza è quello che attiene alla redazione formale delle clausole di modo che siano leggibili. Abbiamo già detto che taluni individua in questo profilo il riferimento della chiarezza dell'art. 35, comma 1, cod. cons.¹⁵⁴.

Rientrerebbe negli obblighi del professionista quello di individuare e mettere a disposizione del consumatore eventuali fonti di rinvio¹⁵⁵.

Un testo dovrebbe essere compilato con particolari modalità redazionali¹⁵⁶. Difetterebbe la trasparenza di una clausola scritta con caratteri troppo minuti, o comunque notevolmente inferiori rispetto a quelli utilizzati per le altre dello stesso contratto, oppure la clausola con intitolazione difforme rispetto al precetto contenuto nella stessa¹⁵⁷.

Si osserva da parte di alcuni che le clausole potrebbero reciprocamente assumere un diverso rilievo, ed indurre il consumatore a ritenere che le clausole stampate con un carattere inferiore rivestano minor importanza ed abbiano portata residuale¹⁵⁸. Al contrario una presentazione omogenea, così come una corretta intitolazione, agevolerebbe la conoscibilità¹⁵⁹. Parimenti si mette in evidenza che anche l'utilizzazione di un inchiostro di colore simile alla carta utilizzata renderebbe insufficientemente chiara la clausola (ma sui requisiti di un contratto trasparente si tornerà a conclusione della ricerca cap. III, § 6)¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Cfr. S.T. MASUCCI, *Art. 1469 quater (Forma e interpretazione)*, cit., pag. 150; E. PODIGGHE, *I contratti con i consumatori*, cit., pag. 316; P. GIAMMARIA, *Art. 1469 – quater: forma e interpretazione*, cit., pag. 1022.

¹⁵⁵ P. GIAMMARIA, *op. ult. cit.*, pagg. 1021 e 1022.

¹⁵⁶ Ci si soffermerà nell'ultimo capitolo del lavoro sugli interventi delle *authorities* in materia bancaria e assicurativa, che sono appunto volti a definire le modalità redazionali di alcuni documenti.

¹⁵⁷ Così S.T. MASUCCI, *op. ult. cit.*, pag. 150.

¹⁵⁸ E. PODIGGHE, *op. ult. cit.*, pagg. 315 e 316.

¹⁵⁹ E. PODIGGHE, *id.* Tuttavia, a questa riflessione vien facile obiettare che un testo omogeneo non catturerebbe sufficientemente l'attenzione del consumatore, il quale, al contrario, sarebbe facilitato dall'uso di caratteri differenti all'interno del testo contrattuale.

¹⁶⁰ E. PODIGGHE, *id.*;

7. ..Segue: sull'estensione applicativa della regola di trasparenza: le clausole preformulate, i contratti in forma scritta

L'art. 35 c. 1, testualmente, sembra delimitare l'ambito oggettivo di applicazione alle clausole proposte per iscritto.

In realtà è molto discusso se la norma si riferisca alle sole clausole preformulate e alle sole clausole scritte. Cerchiamo di analizzare i due profili per come sono stati trattati in dottrina.

Circa il requisito della proposta, si riscontra un primo orientamento che circoscrive la portata della disposizione al caso in cui tutte le clausole, o talune clausole del regolamento contrattuale, siano contenute in condizioni generali di contratto o in moduli e formulari redatti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti, oppure siano state formulate dal professionista appositamente per la regolamentazione del singolo rapporto¹⁶¹. In sostanza la regola di trasparenza non dovrebbe trovare applicazione nel caso in cui singole disposizioni pattizie abbiano costituito l'oggetto di un negoziato individuale. Tale opinione viene supportata facendo leva sul richiamo letterale dell'art. 35 cod. cons. alla "proposta" del professionista, ed in base ad una valutazione sistematica; per cui le problematiche relative all'interpretazione del contratto ed alla trasparenza, si pongono con rilievo preminente nei casi di predisposizione unilaterale del testo, laddove il consumatore non contribuisce in nessun modo alla formulazione del contratto¹⁶². Nel caso invece di una specifica previsione contrattuale concordemente formulata dalle parti a seguito di una negoziazione, il consumatore avrebbe l'effettiva possibilità di individuare (nel modo corretto) il significato della singola previsione. Si evidenzia inoltre che in questo caso l'accesso alla comprensione della clausola nel caso di dubbi e difficoltà, è facilitato dalla possibilità di chiedere chiarimenti o delucidazioni – oltre che proporre modificazioni – al

¹⁶¹R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. c. dir. priv.*, 1995, pagg. 540 e ss.; S.T. MASUCCI, *Art. 1469 quater (Forma e interpretazione)*, cit., pag. 137; P. GIAMMARIA, *Art. 1469 – quater: forma e interpretazione*, cit., pagg. 1019 e 1020; E. PODIGGHE, *I contratti con i consumatori*, cit., pag. 308.

¹⁶²In particolar modo S.T. MASUCCI, *Art. 1469 quater (Forma e interpretazione)*, cit., pag. 138.

professionista¹⁶³. Nel caso di trattazione individuale, si sottolinea da alcuni, non verrebbe meno l'operatività di principi generali, ad esempio l'art. 1337 c.c. sulla buona fede precontrattuale, volti comunque a garantire la posizione del consumatore¹⁶⁴. Andando oltre, si afferma che la chiarezza e la comprensibilità graverebbero comunque sul professionista, sebbene in misura minore, atteso che il consumatore ha partecipato alla redazione della clausola¹⁶⁵.

Altra dottrina, pur ammettendo che quella appena delineata appare come una soluzione più lineare, asserisce che l'assenza di trattativa sembra non essere più considerata tra i presupposti della normativa, quanto semmai come criterio di accertamento per la (sola) vessatorietà. Dunque non vi sarebbero ragioni per limitare la portata della disposizione (art. 35, c.1), che ben potrebbe trovare applicazione anche nel caso vi sia stata trattativa individuale. Osserva, l'opinione in rassegna, che anche il termine "proposte" non osterebbe ad un siffatto modo d'intendere, dal momento che non si deve interpretare per forza come sinonimo di "preformulate"¹⁶⁶.

Un'opinione infine, risolve in maniera diversa il dubbio sull'applicabilità dell'art. 35, c.1, alla clausola fatta oggetto di trattativa individuale. Si tratterebbe, per la tesi in analisi, di verificare se la clausola sui cui è stata condotta una trattativa sia stata proposta in forma scritta oppure orale. Nel primo caso la regola di trasparenza sarebbe applicabile, in quanto l'art. 35 richiede espressamente la forma scritta; nel secondo caso no¹⁶⁷.

In proposito viene d'uopo soffermarci sull'altro requisito richiesto dall'art. 35: la forma scritta. Nonostante il tenore letterale inequivoco la disposizione anche su questo punto ha dato luogo a numerosi contrasti di carattere ermeneutico.

¹⁶³E. PODIGGHE, *I contratti con i consumatori*, cit., pag. 309.

¹⁶⁴P. GIAMMARIA, *Art. 1469 – quater: forma e interpretazione*, cit., pag. 1020.

¹⁶⁵E. PODIGGHE, *I contratti con i consumatori*, cit., pag. 310.

¹⁶⁶V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"*, cit., pagg. 35 e 36. Dello stesso orientamento G. DI GIOVINE, *Art. 1469 quater – Forma e interpretazione*, pagg. 579 e ss; S. MARTUCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., pagg. 123 e ss.

¹⁶⁷AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., pag. 169, n. 23.

Un primo orientamento sostiene per l'appunto che, nonostante il tenore letterale, la norma sembra valere anche per i contratti stipulati oralmente. Autorevolmente si afferma che la formulazione non è da intendere in modo vincolante quale limitazione, «quanto piuttosto come espressione del fatto che l'enorme maggioranza dei contratti in questione vedrà la presenza di proposte per iscritto»¹⁶⁸, dovuta anche alla circostanza che i problemi di chiarezza e comprensibilità si accentuano laddove non sono possibili reciproci chiarimenti tra le parti. Da altri si sottolinea il contenuto dell'undicesimo considerando della direttiva n. 93/13 CEE, che recita: «il consumatore gode della medesima protezione nell'ambito di un contratto orale o di un contratto scritto»¹⁶⁹.

Altra opinione è nel senso che l'art. 35 non sia applicabile alle clausole proposte oralmente¹⁷⁰. Al di là del tenore letterale della disposizione, questa posizione fa leva sulle difficoltà concrete che un giudizio di trasparenza troverebbe nel caso del contratto orale. L'interprete oltre a dover accertare ciò che è stato detto, ossia l'intesa verbale, dovrebbe verificare anche il “come” è stato detto, per conoscere se eventuali fraintendimenti erano possibili dal lato del consumatore. Si è affermato che «la valutazione di trasparenza della clausola, in tali casi, assumerebbe una connotazione pericolosamente soggettiva o psicologica»¹⁷¹. Sempre di questo orientamento è chi ha constatato la difficoltà di ipotizzare che il professionista possa proporre una clausola “*de visu*” e questa rimanga

¹⁶⁸ G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, cit., pag. 419.

¹⁶⁹ L'osservazione è ripresa frequentemente: V. RIZZO, *Trasparenza e “contratti del consumatore”*, cit., pag. 37; M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, pag. 157; F. FALCO, *Art. 1469-quater*, pag. 150. ; G. DI GIOVINE, *Art. 1469 quater – Forma e interpretazione*, cit., pag. 452. Nel senso della applicazione dell'art. 35, comma 1, cod. cons., anche A. JARACH, *Art. 1469 quater – Forma e interpretazione*, pag. 648; S.T. MASUCCI, *Art. 1469 quater (Forma e interpretazione)*, cit., pag. 140; P. GIAMMARIA, *Art. 1469 – quater: forma e interpretazione*, cit., pag. 1018.

¹⁷⁰ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, v. I, t. I, Torino, 2008, pagg. 1124 e 1125.

¹⁷¹ S. MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., pag. 132. Le difficoltà dell'accertamento della trasparenza in questo caso, sono ammesse anche dallo stesso V. RIZZO, *Trasparenza e “contratti del consumatore”*, cit., pag. 39.

ambigua; il consumatore sarebbe portato a chiedere immediatamente spiegazioni volte a chiarirgli l'esatto significato della clausola stessa¹⁷².

Comunque si voglia ragionare il problema, non può negarsi che il dovere di chiarezza e comprensibilità sussista - per il professionista - anche nel caso di proposta verbale; soltanto che, se si volesse dare una portata meno ampia all'art. 35, c.1, il fondamento della trasparenza starebbe nella buona fede precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*

Certo, non si può tacere che la buona fede e il dovere di trasparenza siano istituti differenti, e che la seconda mal si adatta ad essere totalmente inglobata nella prima¹⁷³.

Tuttavia, si avanza l'idea che la chiarezza e la comprensibilità affianchino in chiave oggettiva la clausola generale di buona fede, ben potendo, anche nella determinazione di quella, spiegare un ruolo fondamentale¹⁷⁴.

8. La trasparenza del contratto concluso dal consumatore nell'ordinamento tedesco

Il tentativo di ricostruire in chiave sistematica la regola di trasparenza, impone un raffronto con l'ordinamento tedesco. Così, dando brevemente conto del ricco impianto legislativo, giurisprudenziale e dottrinario, che più ha influenzato la normazione europea in materia, al fine di cogliere le linee

¹⁷²G. STELLA RICHTER, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., pag. 1040. Nel senso del limitazione del giudizio di trasparenza alle sole clausole scritte anche E. PODIGGHE, *I contratti con i consumatori*, cit., pagg. 303 e ss.; AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., pag. 168, n. 22.

¹⁷³ Potremmo pensare alla circostanza, cui si è fatto accenno nel par. 3, che la responsabilità precontrattuale richiede il requisito minimo della colpa. Cfr. per tutti C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pag. 157. Invece nella ricostruzione da noi prospettata l'art. 35, comma 1, costituirebbe un caso di responsabilità precontrattuale oggettiva.

¹⁷⁴ La considerazione non è del tutto scontata. La menzione esplicita della chiarezza e delle comprensibilità prevedibilmente incoraggerà anche la giurisprudenza ad enucleare, soprattutto per i contratti dei consumatori, diremmo con L. MENGONI, *Appunti per una teoria delle clausole contrattuali*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, pag. 17: «un catalogo di tipi normali di comportamento e di standards valutativi socialmente accettati, che gli forniscano (forniscano al giudice) linee direttive, criteri orientativi per la ricerca della decisione».

che altrove segnano il rapporto tra tutela del consumatore e trasparenza del contratto.

Lo *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002 ha inserito la disciplina delle condizioni generali di contratto e quella dei contratti conclusi dal consumatore, fino a quel momento disciplinati da leggi speciali, all'interno del BGB. Il legislatore d'oltralpe, mercé l'inserimento di norme o gruppi di norme nel codice, ha cercato di dare coerenza sistematica-formale al diritto dei contratti. Così ha trovato esplicito riferimento, all'interno del § 307 BGB¹⁷⁵, la regola di *chiarezza e comprensibilità*¹⁷⁶.

Ma già tra gli anni ottanta e novanta il concetto di trasparenza contrattuale (*transparenz*) era stato elaborato dalla dottrina¹⁷⁷ e trovava riconoscimento nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*¹⁷⁸. Ciò spiega perché, proprio in Germania, la direttiva 13/93 sia stata recepita con ritardo rispetto agli altri paesi europei. Ante-riforma si faceva infatti leva sul § 9 AGB-Gesetz, che riguardava il controllo del contenuto del contratto, e sui §§ 2-3AGBG, relativi al controllo sull'inserimento di clausole a sorpresa¹⁷⁹.

Potevano tuttavia distinguersi due correnti di pensiero. Secondo una prima opinione la clausola non trasparente avrebbe potuto essere inefficace se, e solo se, da essa fosse derivato uno svantaggio effettivo ai danni dell'aderente¹⁸⁰. Ad avviso di altri, invece, la mancanza di trasparenza avrebbe comportato una inadeguatezza formale del testo rilevante in sé,

¹⁷⁵ Così dispone il § 307, Abs. 1, BGB: "Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist". Dunque, le disposizioni nei contratti standard sono inefficaci se, contrariamente alla buona fede, arrecano un irragionevole svantaggio all'aderente. L'irragionevole svantaggio può anche verificarsi se la disposizione non è chiara e comprensibile.

¹⁷⁶ Anche il diritto tedesco, al pari di quello italiano, considera trasparente il contratto redatto in modo chiaro e comprensibile "klar und verständlich".

¹⁷⁷ In luogo di tanti, cfr. J. SCHÄFER, *Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1992. Per ampi riferimenti, si rinvia a P. HELLWEGE, §§ 305-310, *Transparenzgebot*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, 2, Tübingen, 2007.

¹⁷⁸ BGH, 24 novembre 1988, in *NJW*, 1989, pag. 222, che afferma che la clausole devono essere redatte in modo preciso, determinato, chiaro.

¹⁷⁹ Lo rileva MICHAELA GIORGIANNI, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano, 2009, pag. 186.

¹⁸⁰ Così H. HEINRICHS, *Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, in *FS Trinker*, Heidelberg, 1995, pag. 162.

senza necessità che fosse svolto un ulteriore controllo sul contenuto del contratto¹⁸¹.

La nuova formulazione del § 307, Abs. 1, Satz 2, BGB, nella parte in cui stabilisce che l'inadeguatezza può "kann" derivare dalla mancanza di chiarezza e comprensibilità, sembrerebbe togliere il dubbio. Pare che il legislatore tedesco abbia considerato la valutazione della trasparenza della clausola e quella del suo contenuto come due momenti distinti¹⁸². Il controllo del contenuto della clausola sarebbe un *posterius* rispetto al controllo di trasparenza.

Passando al profilo dei rimedi offerti al consumatore nel caso in cui il contratto da egli concluso manchi di trasparenza, gli studi oggetto di analisi non sembrano lasciar individuare soluzioni unitarie.

Da alcuni si avanza una ricostruzione in chiave sistematica delle regole che tutelano l'aderente. Si predica così una tutela che si articola in due fasi: ove una clausola sia priva di chiarezza e comprensibilità, andrebbe ricercato ex § 305c, Abs. 2, BGB, il significato più gravoso per il predisponente (*zu Lasten des Verwenders*)¹⁸³. Ma l'uso dell'*interpretatio contra proferentem* non aiuterebbe là dove risultasse difficile individuare quale significato della clausola sia il più favorevole per il consumatore. In questo ultimo caso la clausola sarebbe da considerare inefficace ex § 307, Abs. 1, BGB, ma solo a condizione che essa produca uno svantaggio effettivo per l'aderente¹⁸⁴.

Ragionando in modo differente, una parte della dottrina ritiene che dalla mancanza di trasparenza deriverebbe una *culpa in contrahendo*¹⁸⁵. La

¹⁸¹H.E. BRANDNER, § 9, *Generalklausel*, in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, Köln, 2001, pag. 175.

¹⁸²M. COESTER, § 307, in *Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2013, n. 220 e ss., pagg. 349 e ss.

¹⁸³M. COESTER, § 307, *op.ult.cit.*, n. 222, pag. 350.

¹⁸⁴P. SCHLOSSER, § 305, in *Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2004, n. 101, pag. 138.

¹⁸⁵Il primo sostenitore di questa tesi è M. LIEB, *Vertragsaufhebung oder Geldersatz?*, in *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600.Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1998, pagg. 251 e ss. Si osserva che il concetto di trasparenza, secondo questo A., è da intendersi in senso ampio: la trasparenza riguarderebbe anche l'informazione e non solo il modo in cui questa viene resa. Tuttavia,

riferita opinione ritiene che la responsabilità pre-contrattuale potrebbe dar luogo anche esclusivamente al risarcimento del danno, ove manchino i presupposti per lo scioglimento del contratto. Rimarrebbe ovviamente salva la possibilità di far valere l'inefficacia della clausola *ex* § 307 BGB, nel caso in cui la stessa comporti uno svantaggio inadeguato per l'aderente.

Concludendo, sembra possibile affermare che in Germania il legislatore, in modo più coerente rispetto a quello italiano, abbia recepito la direttiva collegando la trasparenza al giudizio in concreto su una clausola. Per il § 307 l'irragionevole svantaggio può esserci anche se la clausola è non chiara o non comprensibile. Sembrerebbe così distinguersi il momento in cui si giudica la trasparenza della clausola da quello in cui se ne indaga il contenuto.

Certo, quando si passa al piano dei rimedi offerti al consumatore, anche il panorama dottrinario tedesco si mostra diviso. Codesti rimedi sembrano essere utilizzati in una logica variabile a seconda del caso concreto. Ad una considerazione di più ampio respiro, stupisce come anche oltralpe si faccia strada una tendenza volta a cercare conforto più nel quadro normativo europeo¹⁸⁶ o nell'indagine comparatistica¹⁸⁷, che nell'insieme di norme statuali.

almeno nel corso di questa indagine, si è ritenuto di tenere separati i concetti di trasparenza e informazione (cfr. recentemente, E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *I contratti*, cit., pag. 997).

¹⁸⁶ Un'ampia indagine sulla direttiva 13/93 e su altre direttive in materia è in P. HELLWEGE, *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgelehrte*, Tübingen, 2010.

¹⁸⁷ Al momento in cui si scrive, la più recente monografia sulla trasparenza, K. KOSCHE, *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*, Tübingen, 2011, affronta lo studio della regola di trasparenza in ottica esclusivamente comparatistica.

Sezione II: trasparenza e interpretazione del contratto concluso dal consumatore

1. Natura interpretativa dell'art. 35, comma 2, cod. cons.

S'è fin qui detto che l'art. 35 cod. cons. reca due norme: l'una, al primo comma, che fissa la regola di trasparenza, l'altra, al secondo comma, che esprime un precetto ermeneutico.

E' stato anche posto in evidenza che trasparenza e interpretazione vanno tenute concettualmente distinte: sono diversi i soggetti, i tempi e l'oggetto a cui si rivolgono.

Ebbene, pur tenendo ferma codesta distinzione tra trasparenza e interpretazione, non si può negare che tra esse vi sia un'interferenza: la mancanza di trasparenza per il consumatore muterà spesso in dubbio interpretativo. Diviene allora opportuno cercare di comprendere come può essere interpretato il contratto del consumatore.

L'indagine si sposta sul secondo comma dell'art. 35: *«In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore»*.

La norma indica il risultato cui l'interprete deve pervenire in concreto, assumendo così la connotazione tipica delle norme interpretative speciali¹⁸⁸. Al pari delle altre regole ermeneutiche speciali, viene presupposto il realizzarsi di una fattispecie non completamente coincidente con quella delle norme generali d'interpretazione¹⁸⁹; anziché un rapporto di reciproca

¹⁸⁸Cfr. C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, pag. 47, l'Autore osserva che le norme interpretative particolari (le stesse che noi chiamiamo speciali) sono regole che indicano al giudice non già i mezzi per arrivare alla determinazione della fattispecie, ma il risultato stesso a cui si dovrà pervenire nel caso concreto, ove altrimenti la fattispecie rimanga dubbia.

¹⁸⁹S. MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., pag. 64, il quale specifica che la specialità vuole significare norme diverse da quelle generali e prive dell'attitudine ad espandere la loro portata al di là dell'ambito per cui sono previste.

esclusività, se ne instaura uno di integrazione con le disposizioni ermeneutiche generali¹⁹⁰.

Prima ancora di delineare il contenuto che al precetto è stato attribuito, sembra da analizzare il coordinamento della disposizione con gli altri canoni ermeneutici. E' nota al riguardo la distinzione tra regole interpretative che si riferiscono alla ricerca della volontà effettiva delle parti, e regole che, presupponendo la persistente ambiguità, operano per seconde e con criteri obiettivi – e non più subiettivi – per la determinazione del significato da attribuire alla dichiarazione¹⁹¹.

La regola di cui all'art. 35, c. 2, in base alla prospettata distinzione, prescinde senz'altro dalla volontà effettiva delle parti, avendo pertanto una valenza oggettiva. E' dunque con particolare riguardo agli altri criteri d'interpretazione oggettiva del contratto (dettati dal codice civile agli artt. 1367 – 1371 c.c.) che bisogna in particolare procedere ad un raffronto. Al riguardo, anzitutto è da chiedersi se la norma possa coesistere con le altre di portata generale; in secondo luogo, va analizzata la possibile influenza dell'art. 35, c. 2, sulla scansione temporale dell'ermeneutica oggettiva.

Un primo orientamento, seppur supportato da ricostruzioni assai diverse tra loro, ritiene che l'art. 35, c. 2, costituisca l'unico criterio d'interpretazione oggettiva nel caso di contratto stipulato tra consumatore e professionista¹⁹². Cerchiamo di riassumere le differenti argomentazioni con le quali questa ipotesi viene sostenuta.

¹⁹⁰In questo senso le affermazioni di F. ZICCARDI, *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972, pag. 42, il quale reputa le norme interpretative speciali integrative di quelle generali.

¹⁹¹C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938 (rist. 1983), pag. 130. L'autore individua la funzione dei criteri ermeneutici soggettivi nel ricercare la volontà delle parti in concreto, di quelli oggettivi nel ricercarla in astratto: «non più ciò che esse hanno effettivamente voluto – meglio, ciò che risulta da esse effettivamente voluto – ma ciò che si deve intendere come voluto, tenendo conto dell'*id quod actum est*, non dell'*id quod cogitatum*».

Ma per una diversa ricostruzione dell'ermeneutica contrattuale cfr. A. CAUTADELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pag. 140; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, rist. 1996, pagg. 316 e ss.

¹⁹²Così C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2008, pagg. 1118 e ss.; G. STELLA RICHTER, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pagg. 1035 e ss.; A.M. AZZARO, *I contratti "non negoziati"*, Napoli, 2000, pagg. 264 e ss.

Secondo una parte della dottrina l'applicazione del canone dell'art. 35 seguirebbe, nel caso di contratto non negoziato tra professionista e consumatore, quella dei normali criteri d'interpretazione soggettiva¹⁹³. Nella segnata prospettiva, per comprendere il rapporto tra l'art. 35 cod. cons. e le altre regole di interpretazione oggettiva, bisogna indagare la relazione tra disciplina di legge generale e disciplina speciale sopravvenuta; risolvibile ritenendo possibile la simultanea applicazione delle due leggi¹⁹⁴. La regola interpretativa che fa prevalere il senso più favorevole al consumatore però «assurge, all'interno del suo ambito di applicazione, a stregua fondamentale della clausola dubbia, ponendo fuori quadro gli ulteriori criteri d'interpretazione c.d. oggettiva previsti dal codice civile»¹⁹⁵.

Altri, invece, sembra delimitare fortemente l'applicazione dell'art. 35 cod. cons.: sarebbe l'art. 1370 c.c., norma che conterrebbe lo stesso principio dell'art. 35 cod. cons., a trovare applicazione nel caso dei contratti *standard*; l'art. 35 cod. cons. rimarrebbe applicabile soltanto al contratto predisposto dal professionista per regolare il singolo affare¹⁹⁶. Nel primo caso, non troverebbero applicazione le regole d'interpretazione soggettiva, e, l'art. 1370 c.c. prevarrebbe (in caso di contrasto) sulle altre norme di ermeneutica oggettiva in forza del principio di specialità, essendo regola appositamente dettata per il contratto *standard*. Nel secondo caso, troverebbero applicazione le norme d'interpretazione soggettiva, ma, l'art. 35 esclude la possibilità di far ricorso alle altre disposizioni di interpretazione oggettiva (in particolare gli artt. 1367 e 1368 c.c.), «anche perché trattasi di legge speciale sopravvenuta per regolare in forma apposita e specifica un particolare tipo di contratti»¹⁹⁷.

Infine, un Autore, non pone distinzioni di questo tipo, eppur tuttavia dapprima esclude l'applicabilità di canoni soggettivi per mancanza di comune determinazione programmatica del contenuto contrattuale, e, poi, afferma che l'*interpretatio contra proferentem* rimane quale unico criterio

¹⁹³C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in *Trattato dei contratti*, cit., pag. 1133.

¹⁹⁴C. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, pag. 1129.

¹⁹⁵C. SCOGNAMIGLIO, *id.*; AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008, pag. 208.

¹⁹⁶G. STELLA RICHTER, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., pag. 1039.

¹⁹⁷G. STELLA RICHTER, *op. ult. cit.*, pag. 1038.

di interpretazione oggettiva applicabile. In sostanza, nel caso di un contratto concluso da un consumatore con un professionista senza che vi sia stata negoziazione, la polisemia letterale verrebbe sciolta esclusivamente dall'interpretazione contro l'autore della clausola¹⁹⁸.

Una diversa corrente di pensiero attribuisce alla disposizione dell'art. 35 un particolare significato, ritenendo che all'*interpretatio contra proferentem* debba essere riconosciuto un carattere prevalente rispetto agli altri criteri ermeneutici¹⁹⁹. Dunque, l'art. 35 avrebbe la funzione di preordinare l'interpretazione contro l'autore della clausola e postergare rispetto ad essa l'uso degli ordinari canoni interpretativi, finanche quelli d'interpretazione soggettiva.

Più moderatamente, uno studio conferisce all'art. 35 comunque una funzione "promozionale" della regola dell'interpretazione contro il predisponente della clausola, ma limitandola all'interno delle regole d'interpretazione oggettiva. La disposizione in esame indicherebbe comportamento ermeneutico identico a quello dell'art. 1370 c.c. La "duplicazione" avrebbe l'effetto di far prevalere, nell'ordine della metodologia dell'interpretazione, quest'ultimo principio su tutti gli altri d'interpretazione oggettiva. Pertanto, andrebbe inizialmente usato il metodo della comune intenzione, e, qualora questo dia risultati insoddisfacenti, cioè, facesse attribuire un significato ancora non univoco, della clausola andrebbe data l'interpretazione favorevole al consumatore. Laddove l'ambiguità continuasse a persistere, troverebbero applicazione gli artt. 1367 – 1368 – 1369 -1371 del codice civile²⁰⁰.

¹⁹⁸ A.M. AZZARO, *I contratti "non negoziati"*, Napoli, 2001, pag. 271.

¹⁹⁹ E. PODIGGHE, *I contratti con i consumatori – La disciplina delle clausole vessatorie*, Milano, 2000, pag. 326. Dello stesso orientamento anche G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, pag. 419; P. GIAMMARIA, *Art. 1469 – quater: forma e interpretazione*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cit., pag. 1028, il quale osserva che il fatto che l'interpretazione contro il predisponente assurga a regola "principio" nell'interpretazione del contratto del consumatore, non esclude l'utilizzo degli altri criteri di cui agli artt. 1362 – 1371 c.c.

²⁰⁰ La ricostruzione è di S. MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., pagg. 58 e ss., il quale ritiene che l'art. 1370 c.c. e l'art. 35, c. 2, sebbene abbiano campi d'applicazione diversi, siano espressione di uno stesso principio. Cfr. anche A. BARENGHI, *Dei contratti del consumatore in generale*, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2006, pag. 174.

Autorevole dottrina infine, differenziandosi dalle posizioni testé esposte, è incline a ritenere che l'art. 35, comma 2, cod. cons., prenda il posto dell'art. 1370, situandosi quindi prima dell'intervento delle regole finali (art. 1371 c.c.)²⁰¹.

2. Il canone dell'*interpretatio contra stipulatorem* di cui all'art. 1370 c.c.

Pare utile, al fine di fare considerazioni più certe sull'argomento della collocazione sistematica dell'art. 35, c. 2, analizzare i rapporti di esso con una disposizione simile: l'art. 1370 c.c. Conviene per finalità espositive, muovere da una breve analisi di quest'ultima disposizione.

La disposizione prevede che : «*le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o in formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro*».

La *ratio* della norma è stata rinvenuta da taluni nell'onere di *clare loqui* che tradizionalmente affianca il principio di *interpretatio contra stipulatorem*. In altre parole, secondo questa opinione, vi sarebbe l'imposizione di un onere di chiarezza al contraente predisponente, il quale dovrebbe sopportare il rischio della plurivocità della clausola contrattuale²⁰². Questa opinione verrebbe rafforzata dalla stessa disciplina delle clausole vessatorie che, in ispecie con l'art. 35, creerebbe un collegamento diretto tra l'obbligo di redazione delle clausole in modo chiaro e comprensibile (comma 1) e l'*interpretatio contra stipulatorem* (comma 2)²⁰³.

Una diversa dottrina ritiene, invece, che la *ratio* della disposizione sarebbe nella *protezione del contraente economicamente più debole* nei contratti in serie. La tesi viene supportata affermando che non sarebbe

²⁰¹N. IRTI, *Principi e problemi d'interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, I, pag. 1154, nota 20.

²⁰²In questi termini C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, pag. 221; C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, 2000, pag. 440; C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in *Trattato dei contratti*, cit., pag. 1118.

²⁰³C. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, pag. 1121.

logico far ricadere l'ambiguità della clausola su colui che l'ha redatta piuttosto che su colui che l'ha liberamente accettata²⁰⁴. La responsabilità delle formule contrattuali graverebbe non di meno su colui che le accetta. Tale opinione osserva che «*nei contratti di adesione o di massa manca al contraente che ha bisogno del bene o del servizio, la libertà economica*»²⁰⁵.

Ambedue gli orientamenti restringono l'applicazione della regola ermeneutica al caso delle condizioni generali e dei formulari. E' rimasto invece isolato quel pur autorevole orientamento che riteneva esperibile la disposizione in qualsiasi caso la clausola fosse inserita nell'interesse di una parte²⁰⁶.

Un utile rilievo, ma di carattere squisitamente pratico, è quello di chi osserva che la disposizione ha avuto un impiego marginale, non tanto e solo per una diffidenza dei giudici, quanto, per l'oggettiva impossibilità o inutilità della sua utilizzazione²⁰⁷. Il valore residuale delle disposizioni d'interpretazione oggettiva ha fatto sì che molto raramente un tribunale ne facesse uso²⁰⁸.

3. Coordinamento sistematico dell'art. 35, comma 2 cod. cons. con il canone dell'*interpretatio contra stipulatorem*

L'art. 35, c. 2, del codice del consumo presuppone, come anche l'art. 1370 c.c., il dubbio giuridico. I metodi funzionali a rimuovere il dubbio

²⁰⁴ Cfr. l'autorevole opinione di G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del contratto*, Bologna, 1943, pagg. 101 e 102. Cfr. anche F. CARRESI, *L'interpretazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pag. 568.

²⁰⁵ G. OPPO, *op. ult. cit.*, pag. 102.

²⁰⁶ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pag. 365.

²⁰⁷ L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Commentario codice civile*, artt. 1362-1371, diretto da Schlesinger, Milano, 1991, pag. 347.

²⁰⁸ V. FRANCESCHELLI, *I contratti per adesione e l'interpretazione contro l'autore della clausola*, a cura di C.M. Bianca e G. Alpa, pag. 468.

vengono tenuti distinti da quello della comune intenzione, e, dunque, denominati oggettivi²⁰⁹.

La presenza di altri caratteri comuni tra le due disposizioni, ad esempio l'interpretazione della clausola in un caso a favore dell'aderente (art. 1370 c.c.), nell'altro a favore del consumatore, ha portato taluni a considerare esse come identiche. Insomma, una parte della letteratura che si è formata sull'art. 35 cod. cons., considera questo come una ripetizione del generale principio dell'art. 1370 c.c.²¹⁰. Ed in effetti è facile constatare l'esistenza di una sicura area di interferenza tra le due norme.

Senonché il rapporto tra i due articoli è stato considerato da dottrina maggioritaria in termini diversi²¹¹. L'art. 1370 c.c. avrebbe un'applicazione dal punto di vista soggettivo meno ampia: l'applicazione della regola ermeneutica è infatti circoscritta alle clausole contenute in condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti. Il riferimento è evidentemente ai c.d. contratti *standard*. L'art. 35 del cod. cons. non facendo lo stesso richiamo a condizioni generali, moduli e formulari, risulterebbe applicabile finanche ai contratti *proposti* al consumatore dal professionista per il singolo affare (clausole *ad personam*) e non solo ai contratti destinati ad una pluralità di consumatori. D'altra angolazione l'art. 35 cod. cons. avrebbe una portata soggettiva minore, dal momento che sarebbe utilizzabile per i soli rapporti tra consumatore e professionista. Sotto il profilo soggettivo l'art. 1370 c.c. manterrebbe, come è stato osservato, “*un residuale vigore applicativo*”²¹².

²⁰⁹ Cfr. N. IRTI, *Principi e problemi d'interpretazione contrattuale*, cit., pag. 1153.

²¹⁰ Ritene che l'art. 35, c.2, cod. cons., costituisca con molta probabilità un'inutile ripetizione dell'art.1370 c.c., in quanto già esisterebbe nel nostro ordinamento il principio di *clare loqui*: V. FRANCESCHELLI, *I contratti per adesione e l'interpretazione contro l'autore della clausola*, cit., pag. 466. Allo stesso modo reputano l'art. 35 un ripetizione L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit., pag. 327; N. SALANITRO, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive dei contratti bancari*, cit., pagg. 545 e ss.

²¹¹ Cfr. *ex plurimis* G. DE NOVA, *Brevi note sui lavori della commissione ministeriale*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, a cura di C.M. Bianca e G. Alpa, Padova, 1996, pag. 354; V. RIZZO, *Art. 1469 - quater. Forma e interpretazione*, in *La nuova disciplina sulle clausole vessatorie (Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, pag. 1205; G. STELLA RICHTER, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., pag. 1031; C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in *Trattato dei contratti*, cit., pagg. 1119 e ss.; S. MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., pagg. 143 e 144.

²¹² S. MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., pag. 144.

In base a questa ricostruzione, dunque, l'art. 1370 c.c. troverebbe applicazione nei contratti - ad esempio - conclusi tra imprenditori per mezzo di moduli e formulari; lo stesso ufficio invece non potrebbe essere svolto dall'art. 35 cod. cons.

4. Riaffermazione della centralità del consumatore

La riflessione vuole ancora soffermarsi sull'art. 35, comma 2. Nella ricerca si è evidenziata la differenza sostanziale tra il primo ed il secondo comma della norma; in particolare è stato osservato che si tratterebbe di due disposizioni operanti su presupposti diversi. Non sembrerebbe corretto pertanto restringere il principio dell'interpretazione a favore del consumatore nell'ambito di applicazione della regola di trasparenza; non si potrebbe, in altre parole, ritenere che anche per il canone ermeneutico dell'art. 35 operi *a priori* la limitazione delle clausole "*proposte al consumatore per iscritto*" (art. 35, c.1). Sicché la delimitazione dell'operatività della disposizione di cui al secondo comma - sia dal punto di vista oggettivo che da quello soggettivo - andrebbe trovata nella disposizione stessa e non al di fuori di essa. Almeno non nella fattispecie, del tutto diversa, di cui al primo comma.

Ebbene, il principio contenuto nell'art. 35 al secondo comma, presuppone il dubbio sul senso della clausola ed indica semplicemente che delle stessa va data l'interpretazione favorevole al consumatore.

Occorre così porre una domanda di fondamentale importanza: la richiamata figura del consumatore (art. 35, c. 2) ha una valenza in quanto tale, o, piuttosto, in quanto soggetto che conclude contratti con modalità particolari? Si tratta di capire se la tutela è apprestata al consumatore perché soggetto in sé debole del rapporto contrattuale, o al consumatore perché indebolito dal modo con cui si concludono i contratti per adesione. Una risposta nel primo senso darebbe importanza allo *status* soggettivo di consumatore.

Pare a questo punto opportuno riprendere alcune importanti notazioni che sono state fatte sul concetto di *status*²¹³.

I rapporti personali nascono dall'interesse reciproco che ciascun uomo ha; ogni interesse, così come ogni desiderio, è di natura e contenuto diversi. Soltanto taluni interessi sono assistiti da garanzie legali che ne assicurano la realizzazione²¹⁴. Lo *status* è dunque strumento tecnico, capace di trasformare in condizione rilevante per il diritto, una situazione che è dell'ambiente sociale, e, per l'apprezzamento comune distingue un soggetto da un altro, per ragioni strettamente individuali o per l'appartenenza ad un gruppo. Il carattere di *necessità* e *permanenza* della relazione del singolo col gruppo, ritenuto nella nozione classica fondamentale al fine di elevare a stato la situazione della vita, appare invece contraddetto dalla realtà normativa²¹⁵. Pare del resto, di poter dire che «*motivi, criteri e conseguenze delle distinzioni mutano da una società all'altra ed hanno carattere di relatività anche nel tempo*»²¹⁶.

Ma lo *status* è nozione complessa, che può essere intesa almeno in due modi. Gli *stati* che la tradizione romanistica ha conosciuto sono tre: *libertatis, civitatis, familiae*; ognuno dei quali, a ben vedere, compone una qualità essenziale ed individua un soggetto quale destinatario di diritti.

Esiste un altro modo di intendere lo *status*, quale posizione dell'essere umano rispetto ad una collettività²¹⁷.

Il passaggio da una nozione all'altra di *status* ha rispecchiato l'affermazione dei valori di uguaglianza di tutti di fronte alla legge e della

²¹³ Sono scritti fondamentali a cui faremo in seguito riferimento: P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, pagg. 209 e ss.; G. ALPA, *Status e capacità*, Bari 1993; G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, pagg. 799 e ss.; G. CHINÈ, *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, sec. ed., Padova, 2003, I, pagg. 164 e ss.

²¹⁴ P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, cit., pag. 211, così riprendendo il *Restatement* dell' *American Law Institute*.

²¹⁵ P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, pag. 218, coglie la contraddizione nelle esperienze dell'apolide che perde la cittadinanza, nella risolubilità del vincolo matrimoniale, nel caso di revoca dell'adozione.

²¹⁶ P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, pag. 212.

²¹⁷ Cfr. A. CORASANITI, voce "*Stato delle persone*", in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, 1990, pag. 948, il quale segnala questo *status* come "comunitario".

pari dignità sociale, che, per essere attuati, chiedevano l'attitudine di qualsiasi essere umano ad accedere ai beni della vita. Era, insomma, l'autonomia privata a dover soddisfare i bisogni nel modo più conveniente.

Le parole di Maine: “dallo *status* al contratto”²¹⁸ sintetizzavano questa tendenza e contrapposizione; tanto avvertita, da essere indicata da Bobbio tra le grandi dicotomie del diritto²¹⁹.

La relazione tra *status* e contratto può essere letta in un'ottica di ideale tensione. Il primo, luogo di particolarismi e di stratificazione sociale; il secondo, luogo di parità e di neutralità, ove l'autonomia contrattuale – solo quella - compone gli interessi.

Difficilmente, e si può constatare volgendo lo sguardo alle passate esperienze giuridiche e sociali, è possibile prescindere del tutto dall'uno o dall'altro. Si tratta di individuare, piuttosto, in una determinata epoca storica quale dei due prevalga.

Il ritrovato vigore del concetto di *status* è da tempo avvertito e denunciato dai giuristi²²⁰. Probabilmente questo è uno dei segni della società contemporanea; la libertà contrattuale si è rivelata “*mito ingenuo e*

²¹⁸ Lo scritto di H. MAINE, *Ancient law (1861)*, introd. By M. Morgan, London - New York, 1965, è richiamato in P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, cit.

²¹⁹ Adesso in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Roma – Bari, 2007, pag. 123. Bobbio afferma che «la caratteristica fondamentale di una grande dicotomia rispetto alle dicotomie parziali o secondarie è l'impiego privilegiato dei suoi due termini allo scopo di delimitare l'orizzonte entro cui si iscrive una determinata disciplina [...] Un'altra caratteristica delle grandi dicotomie è la seguente: ciascuno dei due termini è suscettibile, per influenza del suo significato storiografico e assiologico, di essere esteso di essere esteso fino a connotare non più una sola delle due parti ma tutto l'universo, cioè di diventare il termine di una classe universale, respingendo l'altro termine fuori dall'universo, ovvero degradandolo a termine di una classe vuota [...] Con una metafora si potrebbe dire che una delle due classi in cui l'universo è diviso dalla grande dicotomia ha una singolare tendenza a estendere il proprio dominio su tutto l'universo a danno dell'altro classe, a occupare l'intero territorio. Uno dei segni attraverso cui si può riconoscere una grande dicotomia è proprio questa capacità potenziale dell'una e dell'altra classe ad assumere il ruolo di classe universale».

²²⁰ G. ALPA, *Status e capacità*, cit., pag. 30, constata la riaffermazione del principio di *status* avutasi nelle società occidentali, che si manifestò con normativa speciali. Il principio di uguaglianza veniva formalmente leso, sebbene trovasse effettivamente attuazione. Allo stesso modo G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, pag. 748: «La creazione di nuovi status ha liberato da una astrattezza che aveva consentito le prevaricazioni, ma ha frantumato e può degenerare paradossalmente in nuove e diverse discriminazioni. L'interprete conosce ed elabora i nuovi statuti di protezione e fatica a ritrovare quel minimo di unità che serve ad orientare e a orientarsi».

pericoloso”²²¹. L’idea del contratto quale situazione unica e irripetibile, punto di incontro tra soggetti perfettamente uguali, è stata un presupposto errato. Le aspettative riposte nel contratto quale strumento di eguaglianza rimasero deluse alla constatazione che solo i soggetti di fatto più forti hanno anche la possibilità di negoziare il contratto. Questa presa d’atto sembra percorrere le legislazioni del XX secolo (le corporazioni fasciste dei lavoratori professionali, il contratto di lavoro subordinato, il contratto di locazione) e pare ancora esser presente – forse con più forza - nel quadro legislativo odierno²²².

Come è stato giustamente osservato, un ordinamento fondato sull’autonomia privata deve pur sempre servirsi dello schema tecnico dello *status* al fine di assicurare la partecipazione al commercio giuridico di soggetti che altrimenti rimarrebbero esclusi²²³. Potremmo dire allora che l’ordine nuovo, quello fondato sull’abbandono totale del concetto di *status*, conteneva “*il germe della sua stessa crisi*”²²⁴.

L’elevazione del consumatore a vero e proprio *status* è oggi prospettata dalla dottrina che si è interrogata in materia²²⁵. Ed in effetti, a rimettersi alle fonti additate da detta dottrina, non pare potersi revocare in dubbio che oggi la figura del consumatore emerga considerevolmente dal quadro legislativo.

Già il Trattato CE all’art. 33 (ex 39) individuava le finalità di politica agricola ed alla lett. e) “*assicurare prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori*”. L’art. 81 (ex 85), par. 3, sull’autorizzazione di accordi tra imprese rispettosi della concorrenza, pone la condizione che congrua parte degli utili che derivano dall’accordo sia riservata ai consumatori. L’art 82 (ex 86) menzione le pratiche lesive lett. b) “*nel limitare la produzione, gli sbocchi e lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori*”. L’art. 95 (ex 100

²²¹P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, pag. 222.

²²² Su tutti P. ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, sec. ed., Oxford, 1985.

²²³P. RESCIGNO, *id.*, riporta l’esempio delle difficoltà naturali dei minori e degli infermi di mente.

²²⁴ A. CORASANITI, voce “*Stato delle persone*”, cit., pag. 950.

²²⁵ Cfr. G. ALPA, *Status e capacità*, cit., pag. 37; G. CHINÈ, *Il consumatore*, cit., pagg. 164 e ss. Propende per una nuova impostazione sulla soggettività dei rapporti privati anche N. LIPARI, *Introduzione ai volumi collettanei Diritto Privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 1997, I, pag. 11.

A), par. 3, la Commissione nelle proposte “*in materia di sanità, sicurezza, protezione dell’ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato*”. Ancora più importante l’art. 3 lett. t) l’azione della comunità comporta “*un contributo al rafforzamento della protezione dei consumatori*”²²⁶.

Testimonia il processo di emersione della figura del consumatore anche la lunga serie di direttive a cavallo tra gli anni ’80 e ’90: dir. 85/374/CEE sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso; dir. 85/577/CEE sulle vendite compiute fuori dai locali commerciali; dir. 87/102/CEE in materia di credito al consumo; dir. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti “tutto compreso”; dir. 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

Il consumatore in questo quadro normativo si staglia per la particolare connotazione che assume rispetto ad altri soggetti che svolgono analoghe attività. La sua posizione si differenzia anche da altre, cui pure in passato il legislatore ha dato tutela (il lavoratore subordinato, il conduttore), perché non coincide solo con la parte di un determinato contratto, ma, assume una valenza “trasversale”²²⁷, quale soggetto interessato ad una serie di rapporti eterogenei. Sembra così che il legislatore comunitario, preso atto della debolezza “strutturale” della controparte istituzionale dell’impresa, il consumatore appunto, abbia deciso di incidere direttamente sui rapporti di forza che tra questi intercorrono. Quasi che, quello che Rescigno, più di trent’anni or sono, chiamava il “*mito ingenuo*” della libertà negoziale, sia stato ultimamente riavvertito. Il giurista oggi sarebbe invitato a cogliere le indicazioni di un cambiamento che sembra profilarsi; del resto – per dirla ancora con Rescigno – “*concetto e funzione degli status appartengono alla storia delle idee prima ancora che alla realtà normativa*”²²⁸.

Dunque, l’intervento comunitario sembra procedere ad una disciplina per settori con modalità peculiari; ad un approccio di tipo oggettivo si

²²⁶G. CHINÈ, *Il consumatore*, op. ult. cit., pag. 165.

²²⁷G. CHINÈ, *Il consumatore*, op. ult. cit., pag. 179.

²²⁸P. RESCIGNO, *Situazione e status nell’esperienza del diritto*, cit., pag. 213.

aggiunge un approccio di tipo soggettivo destinato a prevalere²²⁹. Vero è, che talvolta il profilo oggettivo e quello soggettivo sono connessi ed intrecciati, ma pare del resto incontestabile che sempre più lo *status* di consumatore assuma una rilevanza autonoma. Per capire meglio: se da un lato si menziona - a ragione - la disciplina delle clausole vessatorie come rivolta al consumatore che conclude contratti le cui clausole non siano state oggetto di trattativa, caso in cui elemento soggettivo (il consumatore) e oggettivo (le clausole non oggetto di trattativa) sono ben definiti, dall'altro sembrerebbe che in alcune circostanze sia sufficiente lo *status* di consumatore per veder riconosciuta una determinata tutela giuridica²³⁰.

5. Riconsiderazione dell'art. 35, comma 2: l'interpretazione più favorevole al consumatore

Le considerazioni fin qui svolte potrebbero ragionevolmente indurre a ritenere che oggi si può tendenzialmente affermare l'esistenza di uno *status* di consumatore. Si tratta così di vagliare il turbamento che una siffatta conclusione può portare nelle categorie classiche del nostro ordinamento²³¹.

²²⁹G. CHINÈ, *Il consumatore*, op. ult. cit., pag. 178.

²³⁰ A conclusione delle riflessioni non si può mancare di far menzione dell'autorevole dottrina che si è fortemente contrapposta all'idea di uno *status* di consumatore. G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., 803 e ss., afferma: «difetta nel consumatore il requisito che qualifica lo status: l'appartenenza istituzionale di un soggetto ad una collettività più o meno estesa, o un gruppo organizzato. Qualunque persona fisica può essere consumatore: questo è il ruolo che essa, volta per volta, anche scambievolmente, in concreto può assumere. L'attributo di consumatore vale piuttosto ad individuare in termini soggettivi l'atto di consumo, ovvero il negozio posto in essere per finalità prevalentemente personali, e cioè non imprenditoriali, o, più in genere, non professionali [...] gli interventi normativi determinati dalle fonti comunitarie dimostrano un tale grado di frammentarietà e settorialità da rendere improbabile, se non arbitrario, intraprendere un processo di generalizzazione volto alla costruzione d'una categoria giuridica definita univoca, che metta capo a un autonomo soggetto di diritto: il consumatore. A tale stregua si deve affermare che consumatore non significa nient'altro dal comune soggetto di diritto, rispetto al quale trovano applicazione certe tutele in relazione alle modalità oggettive del suo operare nel traffico giuridico, con limiti e per finalità caratterizzate da un particolare ambito di rilevanza». La ricostruzione, per vero, avversa - più genericamente - ogni concetto di status, ritenendo il contratto "valore primario" (pag. 806); «esso va iscritto alla persona, quale espressione significativa dell'autonomia riconosciuta nell'area patrimoniale dall'ordine giuridico».

²³¹ Per un ripensamento delle categorie tradizionali del privatista a seguito delle nuove discipline comunitarie: V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, pagg. 57 e ss.

In particolare modo, per il taglio di questa ricerca, è necessario capire se l'art. 35, c. 2, possa essere letto sotto una nuova luce.

L'obiezione, pure da taluni fatta, che per i contratti individuali dei consumatori troverebbero applicazione soltanto le disposizioni sull'interpretazione del contratto in generale, in quanto sarebbe l'assenza di trattativa "*l'elemento specializzante della normativa*" ²³², sembrerebbe suscitare taluni dubbi.

Si potrebbe assumere a sostegno della differente posizione il Titolo in cui s'inserisce l'art. 35: "*Dei contratti del consumatore in generale*", ove manca un riferimento esclusivo alle clausole vessatorie. Considereremmo inoltre l'art. 36, comma 2, "*sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa..*" per evidenziare il fatto che la disciplina accolta nel nostro ordinamento dalla Legge 6 Febbraio del 1996 n. 52 in attuazione della direttiva CEE 93/13 del 5 Aprile 1993, va al di là del presupposto delle clausole non trattate, e quindi del mero giudizio di vessatorietà. Del resto, un ribaltamento di prospettiva è già lumeggiato da parte della dottrina, che reputa la nuova normativa applicabile a tutte le clausole²³³.

In ultima analisi parrebbe che la legge testé nominata non faccia esclusivo riferimento alle clausole vessatorie e dunque alle clausole non

²³²B. SIRGIOVANNI, *L'interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, in *Studium iuris*, 2008, pag. 1070. Per un'analisi della trattativa individuale cfr. M. CENINI, *La trattativa individuale nei contratti con il consumatore: spiegazioni esaurienti o concreta influenza?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pagg. 323 e ss., la quale si chiede se sia sufficiente per escludere un giudizio di vessatorietà che il consumatore abbia avuto un'esauriente spiegazione della clausola oppure deve esserci anche stata una sua concreta possibilità di influenzarne il contenuto. In un raffronto con il modello Statunitense la studiosa giunge a ritenere che (pag. 337): «la direttiva comunitaria, e il suo modello tedesco, attuano una tutela più incisiva e ritengono che la disciplina protezionistica non possa essere applicata solo se vi sia stato un negoziato individuale nel corso del quale il consumatore abbia potuto materialmente influire sul contenuto delle singole clausole contrattuali; il sistema americano si accontenta del fatto che il contratto sia redatto in modo trasparente e che il consumatore abbia avuto la possibilità di ottenere chiarimenti circa il contenuto delle clausole». Poi l'Autrice si domanda in cosa consista la prova della concreta influenza, in particolare: se si debba dare prova della trattativa come fatto storico, oppure, prova della conformità agli interessi del consumatore del risultato della trattativa. Sembra (p. 354) «potersi affermare che, perché si possa considerare una clausola negoziata, sia necessario verificare se il consumatore, all'atto di stipula del contratto, sia stato in grado di influire concretamente sul suo contenuto e che la verifica della possibilità di concreta influenza possa comportare, da parte del giudice, un controllo anche sul risultato della trattativa».

²³³V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"* (*La novella del codice civile*), Napoli, 1997, pag. 35; Cfr. R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, cit., pag. 529.

oggetto di trattativa, sebbene indiscutibilmente queste siano punti di riferimento essenziali.

Specificamente pare che, proprio l'art. 35, comma 2, fuoriesca da dette limitazioni oggettive per assurgere a norma generale dell'interpretazione del contratto del consumatore; applicabile anche nel caso una clausola sia il frutto di una lunga trattativa. La ricostruzione sembra anche coerente con l'affermazione di uno *status* di consumatore che vedrebbe la parte non professionista in una posizione di inferiorità ontologica (c.d. istituzionale) rispetto all'altra, e dunque meritevole di tutela²³⁴.

Per rispondere alla domanda da cui il nostro ragionamento è partito, diremmo che il richiamo dell'art. 35, c. 2, al consumatore, sia fatto perché questi è ritenuto in sé parte debole del contratto.

Non sembrerebbe errato, laddove l'interprete non riesca a risolvere l'equivocità della clausola, ammettere - anche nel caso vi sia stata trattativa - che questa venga interpretata comunque a favore del consumatore. Si potrebbe chiosare affermando che, anche nel corso delle trattative, professionista e consumatore “dialogano” su piani diversi: il secondo si presume abbia delle conoscenze inferiori rispetto al primo, quest'ultimo dovrà ragionevolmente sopportare il rischio della ambiguità - in sede interpretativa - della clausola. Altrimenti, di un eventuale dubbio il professionista “scaltro” potrebbe e saprebbe avvantaggiarsi. D'altro canto, si presume che il professionista diligente sappia evitare la persistente ambiguità della clausola che darebbe luogo ad un'interpretazione a suo sfavore²³⁵.

²³⁴ Andrebbe comunque considerato che con ogni probabilità, nel caso in cui vi sia stata trattativa per una clausola, l'interpretazione soggettiva sia già sufficiente a sciogliere la polisemia della lettera. L'applicabilità dell'art. 35, comma 2, anche al contratto normalmente negoziato, sembrerebbe avere un'importanza soprattutto teorica più che pratica.

²³⁵ Rileva già l'applicabilità dell'art. 35, c.2, a tutte le clausole, finanche a quelle proposte dal consumatore e non scritte, G. DI GIOVINE, *Art. 1469 quater – Forma e interpretazione*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, cit., pag. 618. L'autore seguita tuttavia a parlare di *interpretatio contra stipulatorem / proferentem*. La formulazione potrebbe tuttavia essere equivoca: nella valutazione dell'art. 35, c.2, come norma d'interpretazione a favore del consumatore lo *stipulator* ed il *proferens* sono soggetti solo eventuali. Il riferimento ad essi rimanda piuttosto all'art. 1370 c.c. e sembra restringere di nuovo la

Il principio di interpretazione a favore del consumatore troverebbe infine applicazione anche per le clausole non scritte. In quest'ultimo caso varrebbe la considerazione per cui non si potrebbe limitare la portata oggettiva della disposizione in base al precetto contenuto nel primo comma dell'art. 35, cod. cons.²³⁶.

6. L'interpretazione più favorevole al consumatore e gli altri criteri d'interpretazione oggettiva

Le riflessioni da ultimo fatte, portano a ritenere che con il secondo comma dell'art. 35 cod. cons. trovi spazio un nuovo canone interpretativo. Avendo già cercato di delineare la portata della norma, è d'uopo tornare a fare alcune considerazioni che riguardano la collocazione ed i rapporti della stessa con le altre disposizioni di ermeneutica oggettiva artt. 1367 – 1371 c.c.

In particolare tenteremmo, seppur in modo dubitativo, di capire a questo punto quali sono le diverse prospettive di una costruzione sistematica dell'interpretazione oggettiva. Nel far ciò ci sembra dapprima opportuno ricalcare il percorso di uno studio più volte citato e che considera – come anche noi abbiamo fatto - l'interpretazione a favore del consumatore principio operante finanche nel caso in cui le clausole siano state oggetto di trattativa²³⁷.

Lo studio in esame reputa che il criterio dell'interpretazione a favore del consumatore non porti ad escludere l'applicazione delle altre norme d'interpretazione oggettiva, bensì soltanto a dare all'art. 35 cod. cons. una precedenza nell'ordine progressivo con il quale queste vanno esperite²³⁸. La

portata dell'art. 35; la lettura che di esso viene prospettata avrebbe invece a riferimento i soli “professionista” e “consumatore”. Ritiene applicabile l'art. 35, c.2, a tutti i contratti del consumatore anche S. MARTUCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., pag. 173.

²³⁶ Tuttavia anche l'applicabilità dell'art. 35 comma 1 alle sole clausole scritte è dibattuta. L'argomento è stato affrontato nel § 7 del capitolo che precede.

²³⁷ S. MARTUCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., pag. 173.

²³⁸ S. MARTUCELLI, *op. ult. cit.*, pag. 155. Per un'elencazione delle diverse e contrastanti posizioni sull'argomento si rimanda al § 1.

funzione precipua dell'art. 35, comma 2, sarebbe quella di far prevalere il principio dell'*interpretatio contra proferentem* sugli altri “*canoni ermeneutici della stessa specie*”²³⁹, giustificando una postergazione di quest'ultimi. Il principio dell'art. 1370 c.c. assurgerebbe in tal maniera a criterio principale dell'interpretazione oggettiva e l'art. 35, secondo comma, “*servirebbe a risolvere, in ragione della sua specialità, un problema di prevalenza (o, meglio, di precedenza) tra i canoni generali preposti alla seconda fase del procedimento ermeneutico*”²⁴⁰. Le regole ermeneutiche d'interpretazione oggettiva, qualora la clausola conservasse la sua ambiguità a seguito dell'utilizzo dell'art. 35 c. 2, potrebbero ben mantenere la loro utilità recuperando la originaria funzione. Contemporaneamente l'opinione in rassegna, sostenendo una quasi-identità tra l'art. 35 c. 2 e l'art. 1370, ritiene assorbito il secondo nel primo.

In altre parole la metodologia ermeneutica, necessaria a sciogliere la polisemia del testo, si prospetterebbe come segue: anzitutto andrebbe data del contratto un'interpretazione seguendo il metodo della comune intenzione (artt. 1362 – 1365 cod. civ.); qualora l'interprete non riuscisse poi ad approdare ad un significato univoco, dovrebbe propendere per quello favorevole al consumatore (*ex* art. 35, c.2, cod. cons.). Nel caso in cui vi siano più significati a favore del consumatore si dovrebbe scegliere quello utile (art. 1367 cod. civ.), ed ancora, tra più significati utili, sarebbe necessario distinguere: se il professionista non fosse imprenditore, la clausola andrebbe interpretata secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso (art. 1368, c. 1, cod. civ.), se il professionista invece fosse imprenditore, la clausola andrebbe interpretata secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui ha sede l'impresa (art. 1368, c. 2, cod. civ.). La clausola che resistesse ancora ad una lettura univoca dovrebbe essere interpretata nel senso più conveniente alla natura ed all'oggetto del contratto (art. 1369 cod. civ.). Da ultimo troverebbe eventualmente applicazione il criterio ermeneutico dell'art. 1371 del cod. civ., a mente del quale se il contratto rimane oscuro deve essere inteso: se è a titolo gratuito, nel senso meno gravoso per l'obbligato; se è a titolo

²³⁹S. MARTUCELLI, *op. ult. cit.*, pag. 158.

²⁴⁰S. MARTUCELLI, *id.*

oneroso, nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti²⁴¹.

La tesi esposta appare apprezzabile per linearità, eppure non fuga del tutto taluni dubbi che fanno trascorrere verso ulteriori ipotesi di ricostruzione sistematica della vicenda interpretativa.

Seguendo un'altra direzione, non sembrerebbe errato ritenere che ciascuna disposizione d'interpretazione oggettiva sia l'espressione di un più generale principio cui il legislatore ha voluto dare una collocazione sistematica. Si tratterebbe di una semplice "*gerarchia cronologica*"²⁴². Sicché la scansione temporale sarebbe ordinata da valutazioni che sottendono alla logica di ognuna delle norme degli artt. 1367 e ss. del codice civile. Dunque, l'applicazione vedrebbe in termini generali prevalere il principio di conservazione del contratto (art. 1367). Seguirebbero: la regola d'interpretazione secondo gli usi (art. 1368), quella più favorevole alla natura e all'oggetto del contratto (art. 1369), quella contro l'autore della clausola (art. 1370), infine la regola dell'interpretazione equitativa e più favorevole all'obbligato a titolo gratuito (art. 1371)²⁴³.

L'art. 35, comma secondo, cod. cons., che si è considerato quale canone ermeneutico del tutto autonomo rispetto agli altri d'interpretazione oggettiva, dovrebbe così trovare una collocazione all'interno di questa scansione temporale per *principi*. La soluzione esposta nel paragrafo che precede afferma una prevalenza di esso (art. 35) rispetto agli artt. 1367 – 1371. L'argomentazione di siffatta ricostruzione è fondata sul fatto che viene individuata una ripetizione della disposizione già contenuta nell'art. 1370 c.c. Già secondo uno studio piuttosto risalente, la presenza di una regola interpretativa speciale di identico contenuto rispetto ad una generale,

²⁴¹ Sembra potersi così sintetizzare la ricostruzione di S. MARTUCCELLI, *op. ult. cit.*, pagg. 182 e ss.

²⁴² N. IRTI, *Principi e problemi d'interpretazione contrattuale*, cit., pag. 1157.

²⁴³ Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pag. 436.

avrebbe la funzione di indicare quale delle norme generali debba venire in applicazione con precedenza rispetto alle altre²⁴⁴.

Sembrerebbe tuttavia possibile anche una diversa ricostruzione, sol che si considerino le differenze tra l'art. 35, c. 2, e l'art. 1370 c.c. Al di là delle considerazioni, già più volte fatte, circa i differenti spazi di applicazione (oggettivi e soggettivi) delle due disposizioni, un'ulteriore discrepanza starebbe nel fatto che solo l'art. 35 richiede l'interpretazione *più favorevole* al consumatore; l'art. 1370 si limita a preferire l'interpretazione favorevole "all'altro rispetto al predisponente". Ponendosi in una diversa ottica dunque, si potrebbero enfatizzare maggiormente le disuguaglianze tra i due articoli, giungendo a dubitare che l'art. 35 operi con funzione "promozionale" rispetto al 1370.

Non può invece essere posto in discussione che l'art. 35 (c. 2) e l'art. 1370 abbiano la stessa *ratio*; saremmo inclini a ritenere che quest'ultima sia da rinvenire nella *protezione della parte più debole*²⁴⁵. Pare infatti che tanto l'aderente quanto il consumatore siano parti ritenute deboli nel contratto. Seguendo questo tipo di argomentazione si potrebbe concludere che art. 35 e art. 1370 operino ad uno stesso livello, e precedano l'uso delle regole finali dell'art. 1371 c.c.²⁴⁶

Mantenendo ferma la contiguità dell'art. 35, c. 2, cod. cons. e dell'art. 1370 c.c. come norme che trovano fondamento nella stessa *ratio*, e dunque utilizzabili nello stesso momento dell'attività ermeneutica, sarebbe lecito prospettare una terza via, che darebbe una lettura "dinamica" del fenomeno dell'interpretazione oggettiva del contratto del consumatore. L'argomento topografico, in base al quale la progressione numerica del codice determinerebbe anche la precedenza di un determinato canone su di un altro,

²⁴⁴ F. ZICCARDI, *Le norme interpretative speciali*, cit., pag. 215; S. MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., pag. 70.

²⁴⁵ L'eguaglianza di *ratio* potrebbe del pari essere ritenuta anche qualora si individuasse nell'obbligo di *clare loqui* il principio ispiratore dell'art. 1370 c.c. "Parlar chiaro" diventerebbe nell'art. 35 del codice del consumo due volte rilevante: nel primo comma la mancanza di chiarezza e comprensibilità per il consumatore darebbe luogo ad una responsabilità precontrattuale (Parte II, cap. I); nel secondo comma la persistente dubbio interpretativa farebbe propendere per un'interpretazione a favore del consumatore.

²⁴⁶ L'operatività dell'art. 1370 e dell'art. 35 prima delle disposizioni finali (*ex art. 1370 c.c.*) è sostenuta da N. IRTI, *Principi e problemi d'interpretazione contrattuale*, cit., pag. 1154, nota 20.

non sarebbe infatti del tutto soddisfacente in riferimento al gruppo di norme di ermeneutica oggettiva²⁴⁷. Viene giustamente osservato che se si procedesse seguendo l'ordine delle disposizioni si giungerebbe all'inaccettabile risultato che, per esempio, il predisponente-imprenditore di un contratto potrebbe redigere clausole volutamente ambigue, facendo affidamento sul fatto che nel dubbio le stesse verranno interpretate in riferimento alla pratica generale seguita nel luogo della sua impresa (art. 1368, comma 2, cod. civ.) e non nel senso favorevole all'aderente²⁴⁸.

Alla luce di queste osservazioni, risalente dottrina, che ha esaminato il tema, è giunta a ridefinire l'ordine in cui i diversi canoni d'interpretazione oggettiva vanno esperiti. L'autorevole opinione evidenzia che l'art. 1368 (comma 2) e l'art. 1370 contengono due precetti, l'uso del luogo dell'impresa e l'interpretazione contro l'autore dell'atto, che vanno applicati – in ragione della loro specialità – con prevalenza rispetto al criterio del luogo in cui fu concluso il contratto (art. 1368, c. 1)²⁴⁹. Per di più l'uso del criterio dell'art. 1368 c. 2 escluderebbe la possibilità di applicare quello di cui all'art. 1368 c. 1. Infine l'art. 1370 prevarrebbe sull'art. 1368 (anche sul secondo comma), laddove nei contratti conclusi da un'impresa, qualora emergesse un dubbio, sarebbe da accordare preferenza al canone dell'*interpretatio contra stipulatorem*. Viene, in modo condivisibile, rilevato che mal si adatterebbe la regola dell'art. 1368 c. 2 - che rappresenta un favore per l'impresa – alle ragioni di tutela del contraente più debole dell'art. 1370 c.c.²⁵⁰.

Salvo che non si cada in inganno, le annotazioni espone sembrerebbero estendibili all'art. 35 comma 2; anche questo sarebbe connotato da specialità rispetto agli altri criteri d'interpretazione oggettiva. In definitiva, anche pensando all'art. 35 comma 2 come integrativo dell'art.

²⁴⁷ AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., pagg. 141 e ss.

²⁴⁸ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pag. 442; AND. GENOVESE, *id.*

²⁴⁹ G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del contratto*, cit., pag. 103 e ss.

²⁵⁰ G. OPPO, *id.* Nello stesso senso *ex multis*: R. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto per adesione e l'art. 1341 del codice civile*, in *Scritti giuridici*, I, *Scritti di diritto civile*, Padova, 1996, pag. 268; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pag. 442. La questione dei rapporti tra gli artt. 1368 e 1370 è stata molto discussa in dottrina; da taluni si sottolinea contrariamente alla tesi su esposta che l'art. 1368 rimane preordinato rispetto all'art. 1370: v. T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, pag. 404; S. MAIORCA, voce "*Contratti standard*", in *Nov. Dig. it.*, III, 1980, pag. 631.

1370, si può notare come l'interpretazione *pro* consumatore avanzi all'interno della gerarchia cronologica dei criteri interpretativi e debba precedere l'applicazione dell'art. 1368. Insomma, una lettura in quest'ottica consentirebbe di scandire il procedimento interpretativo in chiave funzionale rispetto al fine, che nella fattispecie sembra essere quello di un'applicazione dei canoni ermeneutici conforme ed in linea con ragioni di equilibrio contrattuale²⁵¹. Del resto, diversamente opinando, e cioè lasciando gli artt. 1370 c.c. e 35 cod. cons. in posizione subordinata rispetto agli artt. 1368 e 1369 c.c., si finirebbe per sminuire la portata che deve essere riconosciuta ai primi.

Se le considerazioni fin qui svolte non sono errate, la metodologia ermeneutica risulta cambiata rispetto alla tesi esposta nel paragrafo che precede. Vale a dire che non vi sarebbero motivi per escludere che la prima norma ad essere utilizzata dall'interprete sia l'art. 1367 c.c., per cui questi dovrebbe preferire il significato utile. Soltanto alla permanenza di un ulteriore dubbio, prima dell'art. 1368 c.c.²⁵², troverebbe applicazione l'interpretazione a favore del consumatore. In via subordinata seguirebbero gli artt. 1369 e 1371 c.c.

7. ..Segue: in particolare i rapporti con il principio di conservazione del contratto

Prima di saggiare le differenze che emergerebbero dalle diverse soluzioni esposte nei precedenti paragrafi, è necessario fare qualche considerazione sull'art. 1367 c.c. Si tratta infatti di uno dei canoni fondamentali della teoria giuridica dell'interpretazione, ritenuto espressione del più ampio principio di conservazione dell'atto giuridico²⁵³. La regola

²⁵¹ AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., pag. 152.

²⁵² Rileva la prevalenza dell'art. 35, c. 2, sull'art. 1368, comma 2, C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in *Trattato dei contratti*, cit., pag. 1130, il quale osserva che l'art. 1368 esprime un disegno opposto rispetto a quello dell'art. 35. Sostanzialmente vi sarà prevalenza del significato sul quale il consumatore poteva riporre affidamento (art. 35) piuttosto che di quello sul quale poteva riporre l'imprenditore (art. 1368).

²⁵³ C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, cit., pag. 161 e 162, il quale sottolinea che il principio risalirebbe ad un passo di

risulta “*dettata dalla ragione*” dal momento che non sarebbe corretto pensare che le parti, inserendo una clausola, non abbiano voluto far nulla²⁵⁴. La funzione è quella di escludere i significati giuridicamente inutili, cioè quelli “*non traducibili in contenuti e modalità di effetti*”²⁵⁵. Intorno alla disposizione sono stati in particolare tre gli argomenti sui quali la dottrina si è soffermata:

a) la norma si riferisce alle clausole e al contratto. Se al diritto interessa il mantenimento di un singolo patto, non può dirsi cosa diversa rispetto all’intero negozio. Consolidato orientamento ritiene dunque che il patto plurivoco debba essere inteso nel suo significato utile, non solo a preferenza della sua accezione inutile in senso stretto, cioè l’accezione inutile della clausola priva di un effetto giuridico immediato, ma anche guardando all’intero contratto. Non vi sarebbe contraddizione nell’interpretare una clausola nel suo senso inutile, quando ad interpretarla in modo diverso essa porterebbe alla nullità del negozio²⁵⁶;

b) l’art. 1367 non menziona la scelta tra due significati utili bensì tra uno utile ed uno inutile²⁵⁷. Nulla viene detto su quale sia l’interpretazione da scegliere, laddove siano molteplici quelle produttive di effetti. La possibilità sarebbe quella di accordare preferenza al massimo significato utile del contratto, intendendo per massimo significato utile quello con *effetti* più *ampi* e più *duraturi*. Sembra tuttavia condivisibile la posizione che afferma che un siffatto modo di intendere non sarebbe corretto, perché manca un’identità tra la scelta legislativa di dare comunque rilievo ad un patto dell’autonomia privata e l’opzione – che avrebbe portata e funzione diverse – di un “*aiuto straordinario*”, quale quello di accordare il massimo significato al patto in questione²⁵⁸. Un’altra obiezione convincente è quella

Ulpiano: “*Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit*”.

²⁵⁴C. GRASSETTI, *op. ult. cit.*, pag. 164.

²⁵⁵N. IRTI, *Principi e problemi d’interpretazione contrattuale*, cit., pag. 1155.

²⁵⁶Tra i molti C. GRASSETTI, *op. ult. cit.*, pag. 166; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pag. 437.

²⁵⁷N. IRTI, *Principi e problemi d’interpretazione contrattuale*, cit., pag. 1155.

²⁵⁸F. ZICCARDI, *Le norme interpretative speciali*, cit., pag. 34. Dello stesso parere G. OPPO, *Profili dell’interpretazione oggettiva del contratto*, cit., pagg. 33 e ss., il quale riporta ricche argomentazione a sostegno dell’inaccettabilità dell’attribuzione del massimo

che: se si propendesse per il massimo significato utile, sarebbe necessario concludere che l'interprete non potrebbe mai ricorrere ai criteri ermeneutici che seguono l'art. 1367, non rimanendo nessun ulteriore dubbio sul senso da dare ad una clausola²⁵⁹;

c) la scelta del significato utile va intesa *“non già nel senso che è sufficiente il conseguimento di qualsiasi effetto utile per una clausola [...] ma che nei casi dubbi, tra possibili interpretazioni, deve tenersi conto degli inconvenienti cui può portare una (o più) di esse e perciò evitando di adottare una soluzione che la renda improduttiva di effetti”*²⁶⁰.

Si può notare come scaturiscano differenti conseguenze a seconda che si ritenga l'art. 35 precedente o successivo rispetto all'art. 1367. Se l'interpretazione a favore del consumatore fosse il primo tra tutti i criteri ermeneutici oggettivi a dover essere applicato, ben potrebbe propendersi per un significato inutile della clausola.

Se invece fosse ritenuto preordinato l'art. 1367 c.c., la scelta dell'interprete dovrebbe comunque cadere su significati utili: nel caso di una clausola a vantaggio del professionista, il senso utile da preferire sarebbe quello meno gravoso per il consumatore.

Il discorso si complica notevolmente se si pone mente al fatto che in talune ipotesi gli interessi del consumatore sono più tutelati da una declaratoria di nullità della clausola, che nel contratto del consumatore sarebbe frutto di un giudizio di vessatorietà, ex art. 36 del cod. cons. Reputando l'art. 35, comma 2, cod. cons. regola interpretativa che prevale sulle altre (artt. 1367 – 1371 c.c.), sarebbe possibile l'illazione per cui la tutela del consumatore passi per una declaratoria di nullità delle clausole per

significato utile. In particolare l'autore afferma che non vi sarebbe nessuna giustificazione logica o pratica a procedere in tal senso.

²⁵⁹F. CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto*, in Scialoja-Branca, *Comm. cod. civ.*, a cura di Galgano, IV, art. 1362-1371, Bologna, 1992, pagg. 116 e 117.

²⁶⁰Così Cass. 7 ottobre 2004, n. 19994, in *Rep. Foro it.*, 2004, 932. La stessa Cassazione stabilisce, in modo condiviso dalla dottrina, che l'art. 1367 c.c. condivide il limite comune agli altri criteri sussidiari, «secondo cui la conservazione del contratto, cui esso è rivolto, non può essere autorizzata attraverso una interpretazione sostitutiva della volontà della parti, dovendo in tal caso il giudice evitarla e dichiarare, ove ne ricorrano gli estremi, la nullità del contratto». Vale a dire che l'interprete non è autorizzato a compiere operazioni di sanatoria dell'atto manifestamente viziato da invalidità.

lui svantaggiose. Se così fosse il canone ermeneutico dell'art. 35 cod. cons. verrebbe piegato alla scelta del significato che potrebbe portare alla vessatorietà (quindi nullità dell'art. 36) della clausola²⁶¹. Paradossalmente potrebbe verificarsi che il senso scelto in sede interpretativa sia quello apparentemente più gravoso per il consumatore, di modo che la clausola possa essere considerata vessatoria e quindi caducata; procedendo in questo modo si arriverebbe ad un risultato contrario a quello esposto *supra* [lett. c)].

Senonché, anche volendo preordinare l'art 35 cod. cons. rispetto all'art. 1367 c.c., un ragionamento di questo tipo sarebbe sbagliato. È più volte capitato di dire che interpretazione e qualificazione vanno tenute ben distinte (parte I, § 2), sembrerebbe sia questa una riprova. Come opportunamente rilevato²⁶², l'art. 35 cod. cons. opera relativamente ad una singola clausola selezionando il significato più favorevole al consumatore, non già – per mediazione del giudizio di vessatorietà – col fine di realizzare il risultato pratico per egli più vantaggioso. Diversamente opinando l'attività dell'interprete oscillerebbe drammaticamente tra interpretazione e qualificazione, piegando l'una al servizio dell'altra, e facendo sì che questi, attraverso forti ingerenze, ristabilisca (praticamente a suo piacimento) il rapporto contrattuale tra professionista e consumatore.

Indipendentemente da dove si voglia collocare l'art. 35 cod. cons. rispetto agli altri criteri d'interpretazione oggettiva, esso non potrebbe portare all'attribuzione di un significato strumentale ad una dichiarazione di nullità della clausola. Nell'attività interpretativa non si deve aver cura dei possibili effetti sulla qualificazione di un patto, ma solo e soltanto per l'art. 35, c. 2, ricercare la definizione che, se la clausola avesse effettivamente efficacia, sarebbe meno gravosa per il consumatore.

²⁶¹ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, cit., pag. 347. L'autrice, ritenendo l'art. 1370 preordinato rispetto all'art. 1367 c.c., afferma che la possibilità dell'aderente di arrivare ad un'interpretazione a lui più favorevole della clausola, sarebbe potuta passare attraverso una ricostruzione che avrebbe portato all'eliminazione della stessa.

²⁶² C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in *Trattato dei contratti*, cit., pag. 1131.

Lasciandosi andare ad ulteriori considerazioni, sembra di poter notare che nel contratto del consumatore l'art. 35 cod. cons. e l'art. 1367 c.c. abbiano lo stesso spazio di operatività. In rari casi infatti il principio di conservazione che opera per la clausola potrebbe essere esteso all'intero contratto (vedi *supra a*). Vale l'osservazione che per il contratto del consumatore v'è la nullità parziale *ex art.* 36 cod. cons. La nullità susseguente all'accertamento della vessatorietà di una singola clausola non può dunque, per espressa volontà legislativa, importare la nullità del contratto.

Sotto altro aspetto sottolineeremmo che se si ritenesse l'art. 35 preordinato rispetto all'art. 1367 c.c., quest'ultimo risulterebbe svuotato della sua portata applicativa. Verrebbe infatti da domandarsi, quante volte l'interprete possa ricavare dal testo di una clausola più significati ugualmente favorevoli al consumatore, dei quali taluni siano utili e altri inutili. Francamente è un'ipotesi difficile da pensare.

Se invece si ritenesse l'art. 1367 c.c. preordinato rispetto all'art. 35 cod. cons., il primo opererebbe in ragione della conservazione degli effetti della clausola, il secondo svolgerebbe l'ufficio selettivo del significato utile più favorevole al consumatore. Il principio di ragione evocato da Grassetti²⁶³, in base al quale sarebbe illogico ritenere che le parti inserendo una clausola non hanno voluto far nulla, verrebbe rispettato; d'altro canto, anche alle fondamentali esigenze di tutela del consumatore (parte debole del rapporto contrattuale) sarebbe riconosciuto uno spazio "ragionevole".

8. ..Segue: e quelli con le pratiche generali interpretative

A completamento del lavoro è necessario scorrere brevemente taluni tratti salienti delle restanti norme d'interpretazione oggettiva, in particolare rapportandole al principio d'interpretazione a favore del consumatore (art. 35, c. 2).

²⁶³ Il principio è già stato menzionato all'inizio di questo paragrafo.

Dell'art. 1368 c.c. si è già in parte detto sopra. Questa norma sembrerebbe destinata ad essere applicata dopo gli artt. 1367 c.c. e 35 cod. cons. La disposizione s'intitola "*Pratiche generali interpretative*" e prescrive: "*Le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso.*"

Nei contratti in cui una delle parti è un imprenditore, le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa". Può notarsi che in particolare il secondo comma: interpretazione secondo gli usi del luogo in cui ha sede l'impresa, verrà utilizzato in tutti quei casi in cui controparte del consumatore sia un imprenditore. La circostanza appare di non poco conto tenuto presente il fatto che, ad esempio nei contratti conclusi su moduli e formulari, assai spesso il professionista sarà anche un imprenditore.

Le pratiche generali, cui rinvia la norma in commento, sono costituite dalle pratiche degli affari relativamente ad un dato settore o ad un dato tipo di contratto²⁶⁴. Quindi il «*il contratto si adegua normalmente al significato che in un dato ambiente socio-economico gli viene riconosciuto*»²⁶⁵. La prassi commerciale deve essere generale; restano pertanto escluse quelle pratiche che pur invalse tra due contraenti, non possono considerarsi proprie del luogo in cui è concluso il contratto o ha sede l'impresa²⁶⁶. È stato osservato che il fine perseguito dalla norma sarebbe quello dell'uniformità. Vale a dire che l'art. 1368 c.c. rappresenterebbe lo strumento per attribuire significati uniformi a negozi che si presentano già fra loro uniformi, sia per il profilo tipologico che per quello economico-territoriale²⁶⁷.

Quanto al richiamo agli usi negoziali, si evidenzia che in questa sede ne viene fatto un utilizzo a fini interpretativi; tuttavia gli usi negoziali possono avere anche un'importante funzione integrativa (art. 1340 c.c.)²⁶⁸. Perché poi un uso possa consolidarsi, e quindi essere considerato dall'interprete, è necessario che la pratica sia stata osservata quanto meno

²⁶⁴ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pag. 439.

²⁶⁵ C.M. BIANCA, *id.*

²⁶⁶ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, cit., pag. 313 e 314.

²⁶⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, pag. 478.

²⁶⁸ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pag. 438.

dalla generalità degli operatori del luogo di riferimento per un congruo e ragionevole periodo di tempo²⁶⁹. Dovranno essere provati da chi ne allega in giudizio l'esistenza e la rilevanza ai fini di determinare il significato dell'accordo²⁷⁰.

Rivolgendo maggiore attenzione al secondo comma, che come detto pare avere importanza nel caso - frequente - in cui il consumatore si trovi a concludere un contratto con un'impresa, possono essere riportate ulteriori precisazioni. Si tratterebbe di un criterio fondato sulla qualificazione soggettiva (imprenditore) di uno dei contraenti, che si pone come eccezione rispetto al primo comma (usi del luogo in cui è stato concluso il contratto). La disposizione mostra un *favor* per l'impresa²⁷¹. È stata bersaglio di critiche, in quanto garantirebbe gli interessi unilaterali di una parte a scapito degli interessi bilaterali confluiti nell'accordo²⁷². Infine, per "*luogo ove ha sede l'impresa*" si deve intendere quello in cui è ubicata la sede principale; circa l'eventuale conflitto tra sede effettiva e quella registrata, alla controparte rimarrebbe la possibilità d'invocare l'apparenza, dunque si dovrebbe tener conto degli usi del luogo in cui è registrata la sede dell'impresa²⁷³.

L'art. 1369 c.c., per il quale va privilegiato il senso più favorevole alla natura e all'oggetto del contratto, non sembra offrirsi a rilievi particolari nel

²⁶⁹F. CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto*, cit., pagg. 122 e ss.

²⁷⁰C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pag. 439.

²⁷¹Sul punto L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, cit., pag. 317. L'Autrice osserva: «piuttosto che frutto del privilegio accordato alle esigenze della produzione, oggi tradottesi in un selvaggio sistema di produzioni di massa, e dunque all'imprenditore quale esponente di punta di simile sistema e del tipo di contrattazione che lo caratterizza, la soluzione normativa in parola parrebbe [...] costituire espressione del *favor* con cui il legislatore del 1942 ha inteso, in via di principio, privilegiare, come il proprietario, l'imprenditore, quale che sia il genere di contratti che lo vedono protagonista sulla scena economica».

²⁷²G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del contratto*, cit., pag. 76: «della bontà dell'innovazione mi sembra si possa dubitare. Il criterio del luogo della sede dell'impresa è in criterio che può fornire garanzia di aderenza agli interessi di una della parti, ma assai meno a quello che è stato detto l'interesse del contratto: nei riguardi del contratto la sede dell'impresa è elemento più formale che sostanziale, e come tale inadeguato a fornire il fondamento ad un criterio di interpretazione. Si pensi alle grandi imprese che irradiano la loro attività in luoghi diversi e persino in paesi diversi; si pensi alle imprese con sede all'estero: il criterio della sede dell'impresa è statico, inidoneo a seguire i diversi contratti che l'impresa conclude e le loro oggettive esigenze. Che valore sostanziale può avere nelle dette ipotesi un criterio di interpretazione che fa riferimento ad un elemento che la stragrande maggioranza delle volte sarà ignoto all'altro contraente? Come presumere in costui la intenzione di riferirsi ad una pratica che non conosce?».

²⁷³L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, cit., pag. 319.

caso di contratto concluso dal consumatore. Va dato conto che, nonostante la collocazione, autorevole dottrina ritiene si tratti di un'espressione del primario criterio d'interpretazione soggettiva: l'interpretazione funzionale²⁷⁴. Sotto altro profilo si è evidenziata la possibilità di interpretazioni «*parzialmente differenziate per classi di contratti a loro volta differenziate in base all'oggetto (attribuzione di beni o servizi, attribuzione in proprietà o godimento, di beni mobili o immobili, di beni/servizi standardizzati o individualizzati, ecc.); oppure alla causa (contratti onerosi o gratuiti, di scambio o associativi di garanzia o di adempimento, ecc.)*»²⁷⁵.

Circa l'art. 1370 c.c. si è lungamente discusso, anche sui rapporti con l'art. 35 (§ 3). Una questione potrebbe tuttavia essere rimasta impregiudicata da quanto emerso nella ricerca. Siccome abbiamo concluso che l'art. 35, c. 2, e l'art. 1370 sono norme che, sebbene rispondano ad una *ratio* comune, si mostrano differenti per soggetti e modalità di conclusione del contratto presi in considerazione, potremmo domandarci se l'uso del primo valga ad escludere la possibilità di esperire il secondo. In altre parole potrebbe opinarsi che all'interpretazione più favorevole al consumatore si aggiunga l'interpretazione a favore dell'aderente. Già all'indomani della direttiva CEE 93/13 del 5 Aprile 1993, in dottrina si poneva acutamente in risalto la difficoltà di procedere ad un'interpretazione nel caso scolastico in cui il consumatore abbia predisposto lui le condizioni generali e i moduli o formulari²⁷⁶. Se si propendesse per una soluzione permissiva, vale a dire ammettendo il duplice esperimento dei canoni ermeneutici, le difficoltà verrebbero soprattutto dallo stabilire quale dei due vada utilizzato per primo. Forse, in base ad un criterio di specialità, andrebbe accordata precedenza all'art. 35 cod. cons.

²⁷⁴C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pag. 433, il quale afferma che "L'interpretazione di buona fede, quella letterale, quella globale e quella sistematica sono inscindibilmente connesse con l'interpretazione funzionale del contratto, e cioè con l'interpretazione diretta a ricercare il significato del contratto in coerenza con la causa concreta di esso". Dubita che si tratti di una norma d'interpretazione oggettiva anche G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del contratto*, cit., pag. 42.

²⁷⁵V. ROPPO, *Il contratto*, cit. pag. 477.

²⁷⁶V. FRANCESCHELLI, *I contratti per adesione e l'interpretazione contro l'autore della clausola*, cit., pag. 466, il quale pur ritenendo l'art. 35 un'inutile ripetizione dell'art. 1370 c.c., notava l'imbarazzo dell'interprete davanti ad un'ipotesi di tal genere.

Parrebbe tuttavia che, seppur nulla osti ad una ricostruzione come quella appena illustrata, sarebbe più logico ritenere che l'applicazione dell'art. 35 cod. cons. valga ad escludere quella dell'art. 1370. Nel caso in cui il consumatore predisponga egli un contratto per mezzo di moduli e formulari rimarrebbe comunque parte debole del rapporto contrattuale. Ciò sembra confortato proprio dal fatto che ambedue le disposizioni in analisi sono espressione di un unico principio di tutela della parte debole; difficilmente potendosi pensare che in un unico contratto lo stesso soggetto sia “debole” e contemporaneamente “forte” rispetto all'altro²⁷⁷.

L'art. 1371 indica testualmente che : *«qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo (artt. 1362 e ss.), il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso»*.

La regola è considerata quale norma di chiusura, applicabile quando gli altri canoni non hanno consentito di attribuire un significato al contratto²⁷⁸. Tutti gli altri criteri ermeneutici sono stati esperiti, eppur tuttavia il contratto presenta “un'asperità conoscitiva”²⁷⁹.

Il contratto oscuro può però ancora essere “inteso”, dunque l'inintellegibilità non è piena ed assoluta. Oscuro allora non è il testo del tutto inintelleggibile, ma, quello che, nonostante l'esperimento dei canoni ermeneutici che precedono l'art. 1371 c.c., conserva dubbi e ambiguità; il

²⁷⁷ Muovendo dalla considerazione che una parte non può essere contemporaneamente debole e forte in uno stesso rapporto contrattuale, si prospetta il problema di stabilire quale sia il soggetto in condizioni d'inferiorità rispetto all'altro. Si potrebbe infatti, differentemente da come fatto *supra*, tutelare la parte che si trova nella posizioni di aderire e non il consumatore. Sennonché, nel caso del contratto predisposto dal consumatore, accordare una preferenza al professionista-aderente sembrerebbe illogico; questi non pare pregiudicato dal solo fatto di non concorrere alla formazione del testo contrattuale, ben conoscendo, del resto, la natura e l'oggetto del contratto in questione. D'altro lato, il consumatore, ancorché predisponente, agisce pur sempre per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale (art. 3, lett. a, cod. cons.), dunque, potrebbe anche preformulare clausole delle quali non comprende il significato.

²⁷⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pag. 443, il quale ritiene che quando il giudice è chiamato a decidere secondo equità la regola prevalga sulle altre d'interpretazione oggettiva, mentre rimarrebbero prioritarie le altre d'interpretazione soggettiva.

²⁷⁹ N. IRTI, *Principi e problemi d'interpretazione contrattuale*, cit., pag. 1159.

testo non è stato ridotto dall'interprete ad un significato univoco, il problema è ancora quello della scelta tra due o più significati²⁸⁰.

Una dottrina ha per prima individuato nella disposizione una mera affermazione di principio²⁸¹. Altra autorevole opinione avversava invece il criterio della revisione equitativa nel caso di contratto a titolo oneroso, in quanto scarsamente plausibile nella sua discrezionalità e “*forma pericolosa d'interpretazione correttiva*”²⁸². Una posizione infine riteneva la norma espressione di un'accresciuta sollecitudine per i valori dell'etica²⁸³.

Tuttavia è stato rilevato che il giudizio secondo equità non sarebbe un giudizio del tutto arbitrario: la valutazione equitativa incide sugli interessi dei contraenti e non può da essi prescindere²⁸⁴.

Al di là delle considerazioni appena fatte che servono a render conto, seppur con delle notazioni minime, del dibattito dottrinale che la disposizione ha alimentato, serve tornare ad un'analisi dell'art. 1371 c.c. in raffronto all'art. 35 cod. cons. A tal proposito è rilevabile che la funzione latamente integrativa dell'art. 1371 ha fatto escludere a taluni la possibilità di applicazione della regola in questione nel caso del contratto del consumatore. L'asserzione troverebbe fondamento nell'art. 35, che al primo comma detta una regola specifica sulla chiarezza e la comprensibilità delle clausole proposte al consumatore per iscritto²⁸⁵.

²⁸⁰ N. IRTI, *Principi e problemi d'interpretazione contrattuale*, cit., pagg. 1159 e ss., distingue l'oscurità dall'assenza assoluta di significato. Nel secondo caso l'interprete non potrebbe neanche applicare le “Regole finali”.

²⁸¹ G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del contratto*, cit., pag. 107.

²⁸² E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pag. 355, ravvisa “una forma pericolosa d'interpretazione correttiva, della quale, a tacer d'altro, beneficerebbe la parte che astutamente si astenne dal chiarire meglio il proprio pensiero, speculando sulla equivocità della clausola fatta inserire. Una discrezionalità davvero inopportuna e prematura, dalla quale i giudici faranno bene ad astenersi”.

²⁸³ A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, *Riv. dir. civ.*, 1959, I, pagg. 500 e ss.

²⁸⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in *Trattato dei contratti*, cit., pag. 1139.

²⁸⁵ Sulla sanzione da ricollegare alla norma ci si è interrogati nel capitolo che precede.

Orbene, una ricostruzione di questo tipo sembrerebbe frutto – ancora una volta - di un equivoco e della confusione tra due distinti piani: quello relativo al giudizio di trasparenza e quello del procedimento ermeneutico²⁸⁶.

Come già si è avuto modo di dire nella presente indagine, la clausola non trasparente è quella che, al momento in cui il contratto è stato concluso, era oscura per il consumatore medio. L'art. 1371 c.c. è invece un mezzo d'aiuto per l'interprete, il quale potrà concludere l'attività ermeneutica adoperando le "regole finali", e ciò anche in presenza di un testo oscuro, cioè che ha una ambivalenza di significato persistente.

Le due disposizioni si rivolgerebbero a sfere conoscitive differenti: l'art. 35, c. 1, svolge un ufficio di tutela dell'immediata comprensione del consumatore; l'art. 1371 è mezzo d'ausilio estremo per l'attività dell'interprete.

Altro problema specifico nel caso di contratto concluso dal consumatore, sarebbe quello di coordinare il principio in rassegna (quello dell'equità interpretativa) con il giudizio di vessatorietà dell'art. 33 cod. cons. Per l'art. 1371 c.c. nel caso di contratto a titolo oneroso, la clausola oscura dovrà essere interpretata nel senso che realizzi "*l'equo contemperamento degli interessi delle parti*". L'art. 33 invece stabilisce che «*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*».

Le norme, così poste, potrebbero sembrare contraddittorie. Ma anche in questo caso vengono regolate due situazione eterogenee: l'art. 1371 c.c. ha a riferimento l'interpretazione, l'art. 33 cod. cons. una fase che la presuppone, vale a dire la qualificazione della clausola²⁸⁷.

²⁸⁶ La critica è mossa da S. MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., pag. 177. L'autore rileva anche che "la regola di cui all'art. 1371 cod. civ., - che, per i contratti a titolo oneroso, trova il suo fondamento nella corrispettività delle prestazioni -, appare soddisfare sia un'esigenza di logica sistemica sia gli obiettivi di equità sostanziale sottesi alla direttiva di derivazione comunitaria".

²⁸⁷ La problematica è delineata da S. MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., pag. 179 e ss.

In effetti l'applicazione dell'art. 1371 non sarebbe in contrasto con l'art. 33. Alla clausola del contratto a titolo oneroso, che rimanesse oscura per l'interprete, andrebbe attribuito il senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti. Qualora sia impossibile attribuire detto senso, nulla toglie che la clausola potrà essere oggetto di un giudizio di vessatorietà che ne importerà la nullità (*ex art. 36 cod. cons.*)²⁸⁸.

9. L'interpretazione del contratto del consumatore in una prospettiva sovrastatale. I Principi della Commissione Lando

Finora l'indagine è stata condotta avendo ad esclusivo riferimento l'ordinamento interno, vale a dire: il quadro legislativo italiano. L'interpretazione del contratto del consumatore ha i suoi referenti nelle norme del codice civile sull'interpretazione in generale, e nell'art. 35 del codice del consumo; quest'ultimo è parte del recepimento di una direttiva europea (93/13/CEE), volta a ravvicinare la normativa in materia sul territorio europeo. Insomma, l'indagine si è mossa sul «*piano delle codificazioni nazionali aggiornate con il diritto comunitario interno*»²⁸⁹, nel caso di specie avendo riguardo, come detto, alla disciplina italiana.

L'esposizione non sarebbe completa se non si facessero taluni riferimenti al tema dell'interpretazione in un'ottica transnazionale. Non già una ricerca comparatistica in senso stretto, che, sebbene interessante e stimolante, finirebbe per aggiungere poco ad una materia, quella dell'interpretazione, troppo cara a ciascun legislatore statale²⁹⁰; bensì, ciò

²⁸⁸ S. MARTUCCELLI, *op. ult. cit.*, pag. 180.

²⁸⁹ Così G. ALPA, *Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita?*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, pag. 15.

²⁹⁰ In una ricerca relativa ai principi che governano l'interpretazione condotta nei diversi ordinamenti si troverebbero molte similitudini. S. FERRERI, *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2000, pagg. 173 e ss., afferma però che solo «un osservatore superficiale della letteratura sui canoni interpretativi del contratto potrebbe sentirsi rassicurato e ragionevolmente fiducioso che le conclusioni dei giudici possano essere le medesime dappertutto». La stessa Autrice fa una ricostruzione storica, rilevando che il diritto romano aveva formulato alcuni principi accolti nel *Corpus Juris*; successivamente il diritto medioevale ha attinto da quelle fonti, poi confluite nelle compilazioni di Pothier in Francia e nelle «Maxims of the law» redatte da F. Bacon in Inghilterra. Continua la Ferreri «dalle opere dottrinali le varie *regulae* sono passate al diritto applicato: in Francia attraverso l'incorporazione nel codice civile del 1804, in Italia

che è necessario trattare, è il complesso di taluni principi ermeneutici comuni che tendono ad affermarsi a livello internazionale. Dunque, “*il piano di un codice delle obbligazioni e dei contratti, costituito dal Codice proposto dall’Accademia dei privatisti, dai Principi della Commissione coordinata da Lando e Beale, dai Principi della commissione coordinata da von Bar, dai Principi dell’UNIDROIT, dalle iniziative uni formatrici dell’Uncitral*”²⁹¹.

In specie, sembra rilevante la sfida di creare un modello ermeneutico uniforme, accolta tanto dai Principi UNIDROIT quanto dai Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PECL). Seppur con delle differenze, in ambedue i casi viene dedicato un intero capitolo all’interpretazione. Le regole che in essi sono contenute, è noto, hanno una matrice convenzionale: si tratta, invero, di sistemi di Principi extra-statali, che operano al di fuori del singolo ordinamento. Tuttavia l’importanza che detti Principi sembrano destinati ad acquisire pare considerevole almeno sotto due aspetti: da un lato quello in cui gli stessi trovino applicazione diretta in funzione sussidiaria rispetto ad un ordinamento nazionale, dall’altro lato l’aspetto di un’osmosi tra ordinamenti statali e dimensioni extra-statali sembra inevitabile. Accade, del resto, non solo che l’interprete chiamato ad applicare i Principi utilizzi il proprio bagaglio culturale, ma anche che, viceversa, il diritto nazionale venga interpretato alla luce di essi.

Si discute se i Principi UNIDROIT e quelli PECL abbiano natura giuridica oppure meramente logica. Nel secondo caso il giudice sarebbe più libero nella determinazione del contenuto contrattuale.

I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali, nel loro complesso, non hanno valore cogente; non vi è motivo per ritenere che

con l’importazione del modello francese nel codice di Sardegna e poi nel codice civile del 1865. In Inghilterra mediante le sentenze delle corti superiori, rispettivamente di *Common Law* o di *Equity*».

Ritiene invece che vi sia una vicinanza di fondo tra le soluzioni emerse nei diversi ordinamenti tale da facilitare un processo di uniformazione dei diversi principi ermeneutici, F. CAROCCIA, *L’interpretazione del contratto. Il modello dei principi UNIDROIT per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*, Napoli, 2006, pag. 8, nota 3.

²⁹¹G. ALPA, *Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita?*, cit., pag. 15.

valgano considerazioni diverse per le disposizioni dell'art. 4²⁹². Viene giustamente evidenziato che la prospettiva muta nel caso in cui le parti richiamino espressamente i Principi, cioè quando li abbiano scelti come disciplina applicabile al contratto²⁹³. In tal caso, le regole d'interpretazione richiamate verrebbero in considerazione quali determinazioni del regolamento contrattuale voluto dalle parti e sarebbero frutto della loro autonomia negoziale. Anche in quest'ultimo caso varrebbero tuttavia i limiti posti dalle norme imperative.

Considerazioni analoghe sembrano potersi fare per i Principi PECL; viepiù da dire che per essi si attribuisce espressamente alle regole d'interpretazione il valore di linee guide.

Un'autorevole dottrina ha del resto parlato dei Principi come *“bagaglio prezioso di idee”, “agile strumento operativo già provvidamente usato dagli operatori commerciali nella loro autonomia privata e nel sempre più frequente ricorso ai collegi arbitrali”*, esplicazioni con cui la scienza ha manifestato un suo ruolo ordinante in una dinamica che tende alla costruzione *“di quel diritto uniforme che è un attuale bisogno improcrastinabile”*²⁹⁴. Se così è, bisogna inclinare a credere che i Principi siano destinati ad affiancare i codici vigenti nei diversi paesi, svolgendo una funzione di fonte integratrice del diritto dei contratti²⁹⁵.

Concludendo, pare doversi attribuire ai Principi interpretativi extra-statali valore di criteri logici e non già norme giuridiche vincolanti. Del

²⁹² Il problema è affrontato da F. CAROCCIA, *L'interpretazione del contratto. Il modello dei principi UNIDROIT per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*, cit., la quale rileva che nei lavori preparatori, quando ancora era in discussione il valore che i Principi UNIDROIT avrebbero assunto, compariva in alcuni commenti una distinzione: avrebbe avuto ad esempio natura giuridica il canone della buona fede, mentre sarebbe stato un canone di buon senso, avente natura logica, la lettura complessiva della clausola.

²⁹³ F. CAROCCIA, *op. ult. cit.*, pag. 49.

²⁹⁴ P. GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pag. 183.

²⁹⁵ S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2004, pag. 53.

resto, la natura delle norme sull'interpretazione è controversa anche all'interno dei singoli ordinamenti statali ²⁹⁶.

Occorre adesso soffermarsi separatamente sui due singoli sistemi di principi (UNIDROIT e PECL), vagliandone in particolare l'interesse che rispettivamente mostrano ai fini della nostra trattazione.

Circa i Principi UNIDROIT, il Preambolo ne limita l'applicazione ai *contratti commerciali internazionali* e, contemporaneamente, afferma che gli stessi si applicano quando le parti hanno convenuto che il contratto sia da essi disciplinato²⁹⁷. Sicché le parti sono libere di applicare i Principi UNIDROIT anche ai contratti dei consumatori, ma sempre nel rispetto delle norme vincolanti. Dunque, l'ambito di operatività può dipendere in buona sostanza dalla volontà delle parti che, teoricamente, potrebbero prevedere l'uso dei Principi anche nel caso di contratti "domestici" o tra professionista e consumatore²⁹⁸. Va osservato che è proprio il limite costituito dalle norme imperative a ridimensionare notevolmente la libertà delle parti²⁹⁹, infatti la materia dei contratti dei consumatori è quasi sempre sottratta all'autonomia privata, in quanto spazio privilegiato di una legislazione volta alla protezione della parte più debole³⁰⁰. L'autonomia contrattuale risulta così

²⁹⁶ In Italia si ha oggi un unanime riconoscimento della natura giuridica delle norme contenute negli artt. 1362 c.c. e ss. Differente, per esempio, l'evoluzione del dibattito in Francia, dove le regole di interpretazione sono state qualificate come meramente logiche. La giurisprudenza ha accolto la teoria della *denaturation*, secondo la quale, posto che il contratto resta una legge privata, il ruolo del giudice va limitato alle ipotesi in cui è sorto un conflitto, cioè le ipotesi di oscurità del dato positivo. Dunque, in questo ambito l'interprete può scegliere se seguire o meno i consigli ermeneutici codificati ed il suo operato non può essere motivo d'impugnazione per violazione di legge. I limiti, espressione della teoria della *denaturation* appunto, sono quelli per cui il giudice non può intervenire in presenza di clausole chiare, né può snaturare l'essenza del contratto. Soltanto in questi casi la cassazione potrà riformare la sentenza nel merito. Sembra opportuno notare che nell'ordinamento francese la Dir. 13/93/CEE, ha conferito un valore normativo alla regola dell'interpretazione a vantaggio del consumatore, ad oggi una regola interpretativa vincolante per l'interprete.

²⁹⁷ Sono d'insegnamento le osservazioni di S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, cit., pag. 187, il quale rileva il ruolo particolare dei Principi UNIDROIT: «basati in gran parte sulla *lex mercatoria*, presentano per certi versi i caratteri di una codificazione di usi. Al riguardo può quindi osservarsi che l'UNIDROIT, nato per creare una legislazione uniforme nel mondo, con un preciso riferimento alle fonti statali, ha finito per abbracciare l'idea di una fonte non statale, quella degli usi».

²⁹⁸ Negli stessi termini F. FERRARI, *I "Principi per i contratti commerciali internazionali" dell'UNIDROIT ed il loro ambito di applicazione*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1996, I, pag. 315.

²⁹⁹ Cfr. le incisive le osservazioni di S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, cit., pag. 82:

³⁰⁰ Si può richiamare, a riprova della natura imperativa delle norme a tutela del consumatore, anche l'art. 36 del codice del consumo: «è nulla ogni clausola contrattuale

modulata da una serie di strumenti che hanno il fine di ristabilire una dimensione di equilibrio contrattuale che, circoscrivendo lo spazio lasciato alle parti, limitano l'applicabilità dei Principi³⁰¹. In questo modo il requisito della commercialità richiamato dai Principi, vale proprio ad escludere le c.d. *consumer transactions* dal loro campo applicativo³⁰².

Ancóra, autorevole opinione ha osservato che nella gran parte dei paesi si è formato un corpo di norme che hanno come esclusivo campo di applicazione quello dei rapporti tra una parte che agisce nello svolgimento della sua attività professionale ed un cliente non professionista. «*La filosofia che sottende tali norme – la protezione del consumatore – è alquanto diversa da quella del diritto commerciale*»³⁰³.

Ed in effetti, a livello internazionale sarebbe irrealistico proporre una codificazione del diritto dei contratti che incorpori anche i contratti dei consumatori: «*il diritto dei consumatori è molto più legato all'ambiente locale*» rispetto alla *Lex Mercatoria* che ha sempre avuto un contenuto di transnazionalità. «*I problemi collegati ai contratti dei consumatori sono ovviamente molto diversi nelle varie parti del mondo*»³⁰⁴. Si deve così escludere, almeno sul territorio europeo, l'applicabilità dei Principi UNIDROIT³⁰⁵, anche quelli in materia interpretativa, nel caso in cui vi sia

che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente capo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione Europea».

³⁰¹ Così F. CAROCCIA, *L'interpretazione del contratto. Il modello dei principi UNIDROIT per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*, cit., 33.

³⁰² Ampi ragguagli in M.J. BONELL, *Un codice internazionale del diritto dei contratti. I principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, sec. ed., Milano, 2006, pagg. 76 e ss., il quale afferma che la delimitazione ai contratti commerciali non intende riprendere la distinzione operata in alcuni ordinamenti giuridici tra parti e/o negozi civili o commerciali. «l'idea è piuttosto quella di escludere dall'ambito di applicazione dei Principi UNIDROIT i cosiddetti contratti con il consumatore ("*consumer transactions*")», ossia quei contratti in cui una delle parti non agisce nell'esercizio della propria professione».

³⁰³ Sono le parole riportate in M.J. BONELL, *op. ult. cit.*, pag. 76.

³⁰⁴ Così TH. WILHELMSSON, *International lex mercatoria and Local Consumer Law: an impossible combination?*, in *Uniform Law Review*, 2003, pagg. 141 e ss., l'Autore mette in risalto le diverse *consumer cultures* tra i paesi occidentali e quelli orientali, e poi tra gli Stati Uniti e l'Europa.

³⁰⁵ Non si può in questa sede fare una disamina storica sulla formazione dei Principi. Basti evidenziare, a maggior coscienza del fenomeno, che l'idea di un *Restatement* del diritto dei contratti commerciali internazionali in genere, fu avanzata per la prima volta in un convegno internazionale tenutosi a Roma nel 1968 per celebrare il quarantesimo anniversario della fondazione dell'UNIDROIT. Nel 1994 il Consiglio di Direzione della

una parte – il consumatore – *«che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta»*³⁰⁶.

Del tutto differenti sono le considerazioni che si possono fare sui Principi di diritto europeo dei contratti (PECL) completati dalla “Commissione Lando” nel 2003, dopo la pubblicazione in due precedenti volumi nel 1995 e nel 2000, anno in cui fu aggiunto anche il capitolo V in tema d’interpretazione. La differenza più significativa tra i due sistemi di Principi è determinata dal fatto che i Principi UNIDROIT enunciano regole generali in materia di contratti commerciali internazionali³⁰⁷, mentre, i Principi Europei sono destinati ad essere applicati come norme generali di diritto dei contratti nell’Unione Europea³⁰⁸. Nell’introduzione di quest’ultimi si specificava che *«saranno di aiuto sia agli organi della Comunità Europea nella redazione dei singoli provvedimenti normativi che ai giudici, arbitri e consulenti legali nell’applicazione di questi stessi provvedimenti»*.

Sicché, emerge da quanto detto, che l’ambito di applicazione dei Principi UNIDROIT è mondiale e riguarda i contratti commerciali internazionali, invece, quello dei Principi Europei è un ambito ristretto agli

fondazione decise di pubblicare i Principi UNIDROIT. Allo stato attuale l’ultima versione dei Principi è quella del 2004.

Il tema dell’interpretazione del contratto è affrontato nell’art. 4 con la seguente scansione: 4.1 (*intenzione delle parti*), 4.2 (*interpretazione delle dichiarazioni o di altro comportamento*), 4.3 (*circostanze rilevanti*), 4.4. (*interpretazione complessiva delle clausole*), 4.5 (*conservazione delle clausole*), 4.6 (*interpretazione contro l’autore della clausola*), 4.7 (*discrepanze linguistiche*), 4.8 (*inserzione di clausole mancanti*). Un’osservazione sommaria permette di notare che anche in questa sede v’è il primato della volontà privata (art. 4.1): “il contratto s’interpreta secondo la comune intenzione delle parti”. Soltanto una volontà ambigua segna il passaggio ad un’ulteriore fase (art. 4.1 c.2): quella in cui si fa ricorso ad uno *standard* obiettivo del *reasonable man*, molto simile all’interpretazione secondo buona fede della quale si è discusso nella Parte I del presente lavoro. Infine, degno di nota è l’art. 4.8, caso in cui il giudice si trova a dover colmare una lacuna contrattuale. Nel codice civile italiano la disposizione equivalente sembra essere l’art. 1374 sull’integrazione del contratto. L’art. 4.7, “*discrepanze linguistiche*”, sembra invece un’utile novità per l’interprete italiano che non trova disposizioni simili nel proprio ordinamento. Di questo torneremo tuttavia a parlare in seguito, affrontando l’argomento del sistema di Principi PECL. Per l’interpretazione nel sistema dei Principi UNIDROIT diffusamente F. CAROCCIA, *L’interpretazione del contratto. Il modello dei principi UNIDROIT per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*, cit.

³⁰⁶ Art. 3 lett. a) del codice del consumo.

³⁰⁷ V. il primo comma del Preambolo.

³⁰⁸ V. l’art. 1:101 dei Principi Europei. La distinzione è così prospettata anche in M.J. BONELL, *Un codice internazionale del diritto dei contratti. I principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, cit., pag. 370.

stati membri dell'Unione ma destinato ad applicarsi a tutti i tipi di contratti, finanche quelli conclusi tra professionista e consumatore. E' stato perfino sostenuto che le differenze "politiche" più significative discendono dal fatto che i Principi UNIDROIT trattano soltanto dei contratti tra imprese o altri individui che agiscano comunque nell'ambito della loro attività professionale, a differenza dei Principi Europei che si applicano anche ai contratti con i consumatori³⁰⁹.

Sembra che vi siano diverse disposizioni all'interno dei PECL volte a tener in considerazione il fatto che nei contratti dei consumatori le parti non dispongono dello stesso potere contrattuale. Si possono riportare a modo d'esempio i seguenti articoli: 1:102 c.1, in base al quale le parti sono "*libere di stipulare contratti e di determinare il contenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza*"; 2:104, in forza del quale le clausole contrattuali che non hanno formato oggetto di trattativa sono efficaci soltanto se la parte che la invoca ha fatto in modo di portarle a conoscenza dell'altra parte e che non basterebbe a tal fine un semplice richiamo delle stesse nel documento contrattuale; 4:118, che prevede la possibilità di annullamento delle clausole abusive che non abbiano formato oggetto di trattativa; 6:101 c.2, che menziona gli effetti di informazioni sulla qualità o l'uso di beni o servizi offerti da un fornitore professionista all'atto di metterli in commercio e comunque prima della conclusione del contratto; 8:109, sulle condizioni di validità delle clausole di esonero da responsabilità³¹⁰.

La possibilità dell'applicazione dei Principi PECL anche ai contratti dei consumatori è motivata proprio dallo spazio applicativo limitato al territorio dell'Unione, sul quale, almeno tendenzialmente, la tutela del consumatore si sviluppa in modo uniforme. Occorre aver presente che i Principi in questione costituiscono ad oggi un progetto accademico e sono eventualmente destinati a far da base per un futuro Codice Europeo.

³⁰⁹ M.J. BONELL, *op. ult. cit.*, pag. 372.

³¹⁰ Gli esempi sono presi da M.J. BONELL, *op. ult. cit.*, pagg. 372 e 373.

Tuttavia la strada per giungere a quest'ultimo non appare affatto spianata³¹¹.

Rimane da evidenziare che se da un lato non si hanno informazioni sufficienti circa l'uso effettivo dei Principi PECL nella prassi dei contratti internazionali o la scelta degli stessi quale legge regolatrice del contratto ad opera delle parti, dall'altro si ha notizia di una decisione, emblematicamente riguardante un contratto con un consumatore, che si richiama ai Principi in discorso³¹².

È d'uopo fare riferimento alle specifiche disposizioni sull'interpretazione contenute nel capitolo V dei PECL.

Riveste particolare significato l'articolo di apertura 5:101 denominato "*Regole generali d'interpretazione*", che al primo comma recita: "*Il contratto deve essere interpretato secondo la comune intenzione delle parti anche quando questa non è conforme al significato letterale delle parole*". La disposizione trova un omologo nell'ordinamento italiano all'art. 1362 c.c., pur differenziandosene nettamente. Il legislatore nazionale si limita, molto più sobriamente, a dire che l'interprete non deve limitarsi al significato letterale delle parole, ma anche indagare la comune intenzione dei contraenti. Anche in Italia, è noto, all'indomani dell'entrata in vigore del codice civile, si è sviluppato un dialogo tra coloro che ritenevano che l'art. 1362 accordasse una sorta di preferenza alla volontà delle parti³¹³ e coloro i quali, in modo diverso, reputavano che la volontà delle parti dovesse

³¹¹ Descrive ampiamente lo stato del dibattito che potrebbe portare ad un Codice Europeo G. ALPA, *Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita?*, cit. L'Autore, per comporre una felice metafora, prende a prestito (p. 24) da *La Revolution* di F. Furet, la narrazione riguardante Napoleone alla metà della campagna di Russia: conquistata Mosca ma assediato dai Russi, l'Imperatore poteva decidere di avanzare, di insediarsi nella città ma sotto il tiro dei nemici, oppure di tornare alla base. La scelta nell'ultimo senso determinò la sconfitta. Certo, dà conclusivamente atto l'Alpa, l'entusiasmo per un codice civile è un po' scemato a livello comunitario, ma la speranza è rimasta viva. Cfr. anche S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, cit., pagg. 80 e 81, il quale ritiene che "il processo di armonizzazione e di unificazione del diritto dei contratti e, più in generale, del diritto civile sia paragonabile ad un percorso irto di difficoltà ma nel contempo ad un viaggio già iniziato, che ci condurrà ad una meta rilevante".

³¹² L'osservazione è in M.J. BONELL, *op. ult. cit.*, pag. 378, il quale riporta in nota 93 la sentenza *House of Lords, Director General of Fair Trading vs. First National Bank*, 2001, UKHL.

³¹³ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, pag. 232.

rimanere confinata nel significato obiettivo del contratto³¹⁴. Seppur il “dogma della volontà” abbia avuto un certo successo, la seconda opinione è finita col prevalere; l’interprete svolge la sua attività per sciogliere la polisemia delle parole e si serve esclusivamente a questo fine della comune intenzione delle parti³¹⁵.

Sorprendentemente, almeno per l’interprete italiano, l’art. 5:101 in caso di conflitto tra parola scritta e la comune intenzione delle parti dà preferenza alla seconda³¹⁶. La scelta della Commissione sembra particolarmente importante, e potrebbe portare ad una futura riconsiderazione dello stesso art. 1362 c.c., in definitiva con un ritorno alla teoria volutaristica propugnata dallo Stolfi a metà del secolo scorso.

Il secondo comma dell’art. 5:101 stabilisce che, se una parte aveva conoscenza della vera intenzione dell’altra, il contratto deve interpretarsi nel senso in cui quest’ultima l’ha inteso. Il riferimento sembra al caso in cui le parole di una parte non riproducano fedelmente l’intenzione che essa aveva. Anche questa disposizione sembra essere innovativa per l’operatore di diritto italiano; pare comunque potersi considerare corollario del primo comma e quindi della prevalenza della volontà delle parti. Se ben s’intuisce quest’ultima norma riverbererebbe tutta la sua importanza nel caso del contratto del consumatore: il professionista non potrebbe più trarre giovamento dalle clausole fatte concludere al consumatore mediante l’uso di inganni o raggiri³¹⁷.

³¹⁴E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pagg. 324 e 325. Più recentemente, sulla considerazione che debba essere accordata preferenza al significato obiettivo del contratto, *ex multis* C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pag. 408.

³¹⁵N. IRTI, *Testo e contesto: una lettura dell’art. 1362 codice civile*, Padova, 1996. Per un’indagine più approfondita si rimanda alla parte prima § 3 e 4.

³¹⁶La soluzione “forte” è forse frutto della teoria volutaristica del contratto diffusa in Germania. Anche l’art. 1156 del c.c. francese indica che “non si devono intendere le parole semplicemente nel loro senso letterale”. Al contrario, nell’ordinamento inglese l’orientamento tradizionale è nel senso di non consentire una ricerca dell’intenzione delle parti al di fuori del testo contrattuale. Alcune precisazioni in merito sono in C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, Milano, 2001, pagg. 322 e 323. Una formulazione meno radicale è contenuta nella disposizione corrispondente contenuta nei Principi UNIDROIT art. 4.1: «un contratto deve essere interpretato secondo la comune intenzione delle parti».

³¹⁷Poniamo il caso del rappresentante porta a porta che si rechi a casa del consumatore per convincerlo a cambiare gestore di rete telefonica. Il sagace rappresentante, raccolte le informazioni sulle esigenze del consumatore, gli fa poi firmare un contratto per un servizio

A completamento dell'art. 5:101 v'è il terzo comma: *«quando una intenzione secondo i commi 1 e 2 non può essere accertata, il contratto deve essere interpretato secondo il significato che persone ragionevoli e con le stesse caratteristiche delle parti darebbero ad esso nelle stesse circostanze»*. La norma starebbe a significare che il giudice non deve scoprire l'intenzione delle parti ad ogni costo, giungendo finanche ad una ricostruzione arbitraria, dovrebbe invece, rimettersi al significato che persone ragionevoli nelle stesse condizioni avrebbero attribuito al contratto³¹⁸. Si osserva che questo principio è formulato, quasi a controbilanciare quelli dei precedenti commi, in chiave oggettiva.

Nel cercare la comune intenzione delle parti il giudice deve fare riferimento alle circostanze rilevanti come elencate nell'art. 5:102. In base a questa disposizione l'interprete deve avere particolare attenzione a:

a) *“le circostanze nelle quali esso è stato concluso comprese le trattative”*. Si tratterebbe dunque della fase preparatoria del contratto.

b) *“il comportamento delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto”*. La previsione è utile in quanto fugge eventuali incertezze circa la possibilità di procedere ad un accertamento della comune intenzione nel caso di un contratto *standard*. La disposizione lascia infatti propendere per un'ammissibilità dell'accertamento della comune intenzione delle parti anche nel caso in cui le clausole non siano oggetto di trattativa.

c) *“la natura e l'oggetto del contratto”*.

a lui inadatto. Dopo qualche mese dall'attivazione il consumatore si accorge di usufruire di un servizio differente da quello che voleva; preso in contropiede dalle perentorie incitazioni del rappresentante aveva dato erroneamente assenso per la tariffa A e non per quella, in realtà a lui utile, B. Seguendo le linee guida dell'art. 5: 101 dei Principi PECL, l'interprete dovrebbe ritenere il contratto concluso per il servizio B.

³¹⁸ Cfr. C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., pag. 321, dal quale si riporta un esempio, particolarmente calzante per questa ricerca, di un contratto di assicurazione la cui polizza copra il furto di gioielli nel caso di “accesso clandestino” nel luogo in cui gli stessi si trovano. Un individuo spacciatosi per un tecnico si presenta a casa della signora per ripararle il telefono. Distratta la signora le ruba i gioielli. L'impresa assicuratrice si rifiuta di pagare sulla base che non v'è stato un “accesso clandestino” propriamente inteso. Il giudice dovrebbe condannare l'impresa assicuratrice poiché, secondo un'interpretazione ragionevole, anche l'accesso perpetrato con l'inganno integra un accesso clandestino.

d) *“l’interpretazione che le parti abbiano già data a clausole simili e le pratiche che hanno adattate nei loro rapporti”*.

e) *“il significato dato normalmente alle clausole e alle espressioni nel settore di attività interessato nonché l’interpretazione che le clausole simili possono già avere ricevuto”*. Particolarmente rilevante il riferimento alle espressioni nel settore di attività interessato: i contratti dei consumatori sono spesso formulati con termini tecnici. Un termine settoriale pone due tipi di problemi: deve essere compreso dal consumatore e sarà dunque oggetto di un giudizio di trasparenza *ex art. 35*; deve essere interpretato nel senso proprio che acquisisce nel settore di riferimento.

f) *“gli usi”*. La menzione di questi non pare importare delle considerazioni specifiche.

g) *“la buona fede e la correttezza”*.

L’art. seguente 5:103 è intitolato *“Interpretazione contro l’autore della clausola”* e recita: *“Nel dubbio circa il significato di una clausola che non sia stata oggetto di trattativa individuale, si deve preferire l’interpretazione sfavorevole alla parte che l’ha predisposta”*. Si tratta dell’applicazione del noto principio dell’*interpretatio contra proferentem*. Rispetto all’art. 1370 c.c. il Principio non si rivolge esclusivamente alle clausole contenute in condizioni generali di contratto o in moduli e formulari predisposti da uno dei contraenti, bensì fa riferimento semplicemente alla clausola che non è stata oggetto di trattativa. Lo spazio operativo dell’art. 5:103 sembra essere più ampio di quello dell’art. 1370: non si rivolge ai soli contratti *standard* ma anche a quelli singolarmente proposti, pure nel caso in cui quest’ultimi siano stati formulati da terzi.

L’art. 5:104 afferma che *“Le clausole che sono state oggetto di trattativa individuale prevalgono su quelle che non lo sono state”*. La regola è equivalente a quella contenuta nell’art. 1342 del c.c.

L’art. 5:105 invita ad interpretare le clausole facendo riferimento al contratto nel suo insieme. La disposizione si fonda sul presupposto che è

ragionevole ritenere che le parti abbiano inteso esprimersi in maniera coerente, cosicché le clausole non andrebbero isolate dal contesto ³¹⁹.

L'art. 5:106 stabilisce: *“Le clausole del contratto devono essere interpretate nel senso in cui esse sono lecite ed efficaci”*. Anche questa disposizione ha un suo equivalente nell'art. 1367 del c.c. a cui si è già fatto riferimento.

Una regola di notevole importanza, soprattutto considerando la novità che essa rappresenta rispetto alla disciplina della legislazione nazionale, è quella contenuta nell'art. 5:107 dei Principi PECL: *“Quando un contratto sia redatto in due o più lingue e non è stabilito quale delle versioni faccia testo, in caso di difformità tra esse prevale l'interpretazione riferita alla versione nella quale il contratto fu redatto originariamente”*. Si prenda il caso di un contratto concluso con la sottoscrizione di moduli e formulari che un'impresa operante a livello internazionale utilizza nei vari paesi. Il testo, originariamente formulato in inglese, viene tradotto nella lingua in uso nel luogo di adesione del contratto; soltanto in questo modo il contratto potrà dirsi chiaro e comprensibile per il consumatore.

Una clausola prevede nella traduzione italiana che il contratto “segue” l'applicazione delle disposizioni “contenute nella x legge in materia di assicurazione”. L'interprete, posto dinanzi al dubbio determinato dalla polisemia del termine “segue”, non riesce a risolverla neanche con l'applicazione dell'interpretazione a favore del consumatore *ex art. 35 cod. cons.* Siccome il testo è stato tradotto in più lingue, l'interprete decide di cercare conforto prima nella versione in lingua tedesca, in cui il termine utilizzato suona come “si attiene”; poi nella versione in lingua inglese, in cui il termine suona come “s'ispira”. Poiché il contratto era stato originariamente redatto in lingua inglese, per previsione dell'art. 5:107, dovrà essere preferito l'ultimo significato. Questa disposizione chiude il capitolo V dedicato all'interpretazione e contenuto nei Principi di diritto europeo dei contratti.

³¹⁹ Cfr. C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., pag. 329.

Sembrerebbe, in forza di quanto detto, delinearsi un quadro normativo che, per ciò che concerne l'interpretazione e più specificamente quella riferita al contratto del consumatore, non è limitato alla legislazione di matrice europea e nazionale.

Tuttavia alla tendenza di cercare dei Principi comuni in materia contrattuale, alimentata negli ultimi anni dalle diverse commissioni di studio cui si è fatto riferimento, non può ancora darsi una soverchia importanza. Del resto pare di assistere ad una fase transitoria, della quale è difficile prevedere gli esiti e nella quale si procede con l'utilizzo dello strumento della *soft-law*³²⁰.

L'interpretazione nel suo complesso viene influenzata dai Principi di cui si è parlato, sotto diversi aspetti: *i*) le norme ermeneutiche sono, eccezion fatta per quella inerente alla buona fede (art. 1366 c.c.), derogabili dalle parti³²¹. Dunque, i modelli descritti potrebbero essere oggetto di un richiamo contrattuale; *ii*) i sistemi di Principi possono avere una funzione integrativa, particolarmente importante in materia ermeneutica, rispetto alle leggi statali; *iii*) i modelli PECL e UNIDROIT potrebbero influenzare la cultura dell'operatore del diritto.

L'interpretazione del contratto del consumatore, e, più in generale il contratto del consumatore, sono regolati da norme a carattere imperativo³²². In quest'ambito le regole dei Principi PECL rimarrebbero più confinate, là dove le disposizioni imperative coprono territori più vasti e l'intervento dello stato nelle relazioni contrattuali è maggiore. In particolare l'art. 35, comma 2, cod. cons., non sarebbe derogabile dalle parti anche quando le stesse, nell'esercizio dell'autonomia privata, decidessero di applicare le norme interpretative dei Principi di diritto europeo dei contratti.

³²⁰ Diffusamente S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, cit., pagg. 21 e ss.; M.J. BONELL, *Un codice internazionale del diritto dei contratti. I principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, cit., pagg. 357 e ss.; G. ALPA, *Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita?*, cit., pagg. 11 e ss.

³²¹ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pag. 416.

³²² S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, cit., pag. 82.

CAPITOLO III

La trasparenza nelle altre leggi settoriali. Emersione del principio

1. La trasparenza nei contratti bancari

La trasparenza di cui all'art. 35 del cod. cons. è dunque una regola che trova applicazione nei contratti conclusi dal consumatore. Bisogna a questo punto chiedersi se e come la stessa possa spiegare la sua forza conformatrice anche in quei contratti disciplinati da altre leggi di settore, ove pure v'è una parte che agisce per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale. Ci si riferisce in particolare ai contratti bancari, finanziari e assicurativi.

Al riguardo è preliminarmente opportuno cercare di comprendere come la regola è fin qui emersa in ciascuno dei settori richiamati.

I primi accenni alla trasparenza nel nostro ordinamento si son avuti, lo si diceva a premessa di questa ricerca, poco dopo la metà degli anni '80 e perseguivano il tentativo di regolare la contrattazione bancaria³²³. Nel 1987 l'Associazione bancaria approvava degli accordi volti a favorire la trasparenza e la pubblicità delle condizioni offerte alla clientela. Nel 1992 il legislatore con la l. n. 154 introduceva le «Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari». Di lì a poco il Testo Unico Bancario (di seguito «t.u.b.»), d.l. 385/1993, enunciava con formula solenne

³²³ Il dibattito sulla trasparenza nella legislazione bancaria, dagli anni 90' ad oggi, ha dato luogo ad una mole imponente di contributi. Tra i più significativi e qui presi in considerazione, oltre a quelli specificamente richiamati nelle note che seguono: P. RESCIGNO, *Trasparenza bancaria e diritto comune dei contratti bancari e finanziari*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1990, pagg. 297 e ss.; G. ALPA, *La «trasparenza» nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, pagg. 411 e ss.; A.A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1992, I, pagg. 381 ss.; A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1992, pagg. 422 e ss.; G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994; E. MINERVINI, *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel Testo unico bancario*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, pagg. 660 e ss.; pagg. 935 e ss.; E. CAPOBIANCO, *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir. banc.*, 2002, I, pagg. 207 e ss.; M. CARATELLI, *La trasparenza tra banche e clienti. Fabbisogni informativi e intervento pubblico*, Milano, 2006; F. CAPRIGLIONE, *Dalla trasparenza alla «best execution»: il difficile percorso verso il giusto prezzo*, in *Contr. e imp.*, 2009, pagg. 475 e ss.

la «Trasparenza delle condizioni contrattuali» che trovava collocazione in un apposito titolo³²⁴.

In particolare l'art. 117 t.u.b., che trova applicazione per le banche e gli intermediari finanziari, impone obblighi di forma ed informativi. E' infatti previsto che i contratti debbano essere redatti per iscritto ed una copia consegnata al cliente. La mancanza della forma prescritta per il contratto dà luogo a nullità dello stesso. Tuttavia è rimessa la CICR la possibilità di prevedere per contratti particolari forme diverse da quella scritta. Sono poi previsti una serie di obblighi informativi, che compongono un contenuto contrattuale minimo, quali l'indicazione del tasso di interesse, di ogni altro prezzo o condizione praticata e così via.

La disciplina, seppur molto articolata, non fa riferimento esplicito alla chiarezza e comprensibilità delle clausole contrattuali. Il che vale ad osservare che nel t.u.b. il termine "trasparenza" è usato in un'accezione altra rispetto a quella in queste pagine individuata. Del resto il significato dell'espressione è estremamente vario e duttile, tanto nell'esperienza italiana che in quella europea, da non stupire che la sua estensione semantica possa variare di volta in volta³²⁵. E' rafforzata anzi l'idea che esistano due accezioni di trasparenza, quella adottata dal t.u.b., che è c.d. trasparenza in senso ampio, e quella divisata in questo lavoro, attinente alla formulazione della clausola, che è una trasparenza in senso stretto.

Ma la regola di trasparenza in senso stretto in materia bancaria è stata invece messa ben in evidenza da alcuni interventi delle autorità amministrative, segnatamente il CICR e la Banca d'Italia.

Nella delibera CICR del 4 marzo 2003, emanata al fine di perseguire la chiara ed esauriente informazione della clientela e la competitività del sistema finanziario, la seconda disposizione "*Criteri generali*" recita: «le

³²⁴ Da ultimo sono state apportate delle modifiche alle disposizioni del titolo dal d.l. 141/2010, che recepisce la direttiva 08/48/CEE.

³²⁵ Cfr. E. CAPOBIANCO - F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr. e imp.*, 2011, pag. 1143, i quali osservano che anche i termini equivalenti, l'inglese *Transparency*, il francese *Transparence*, il tedesco *Transparenz* hanno una valenza semantica molto ampia. V. anche G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003, s. pag. 17.

informazioni previste nella presente delibera sono rese alla clientela, con modalità adeguata alla forma di comunicazione utilizzata, in modo chiaro ed esauriente, avuto riguardo anche alle caratteristiche dei rapporti e dei destinatari».

E' stato osservato che i criteri generali di chiarezza e esaustività dell'informazione trovano applicazione tanto nella fase di pubblicità delle condizioni, quanto nella fase contrattuale di redazione delle clausole³²⁶.

Anche gli interventi della Banca d'Italia susseguitesì negli anni in materia di trasparenza hanno avuto per fine precipuo quello di meglio garantire la completezza e la comprensibilità delle informazioni e delle clausole contrattuali.

Anzitutto si fa riferimento alle *«Istruzioni di vigilanza per le banche. Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari»* come da 9° aggiornamento alla circolare del 21 aprile 1999 n. 229, ed al *«Provvedimento del Governatore del 25 luglio 2003 in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi degli intermediari finanziari»*, che hanno aumentato gli oneri informativi sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo, incidendo profondamente sulla disciplina dei contratti bancari e finanziari. Per gli avvisi (contenenti l'indicazione dei diritti e degli strumenti di tutela per il cliente previsti dal Titolo VI del T.U.) è prevista l'esposizione in locali aperti al pubblico e devono poter essere presi in copia dai clienti. Devono inoltre essere redatti in modo da facilitare la comprensione da parte dei clienti e con una veste grafica di facile lettura³²⁷. Per questa via la comprensibilità viene concentrata su ciò che sta al di fuori del contratto piuttosto che sulle sue clausole. Si osserva infatti che il legislatore nel titolo X, sez. III, non detta norme di trasparenza analoghe per quanto riguarda le condizioni contrattuali.

Di impatto ancora maggiore è stata la circolare della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 che, consapevole del carattere altamente tecnico dei documenti informativi e delle clausole contrattuali, difficilmente

³²⁶ G. ALPA, *op. ult. cit.*, pagg. 205 e 206.

³²⁷ Così la circolare Banca d'Italia 21 aprile 1999, titolo X, sezione II, art. 2.

comprensibili per il cliente, ha fissato precisi criteri redazionali. L'allegato n. 1 impone, per assicurare la chiarezza del testo, l'utilizzo di criteri d'impaginazione e scelte tipografiche che assicurino elevati livelli di leggibilità. Quindi devono essere utilizzati stili e caratteri idonei ad individuare l'informazione, si consiglia l'uso di elementi puntati e tabelle. Inoltre le frasi devono essere semplici e brevi, si deve dare preferenza per le forme attive rispetto a quelle passive, espressione del soggetto, ricorso al modo indicativo in luogo del congiuntivo, utilizzo di parole di uso comune e non tecniche, indicazione di eventuali riferimenti normativi alla fine della frase³²⁸. E' stato opportunamente notato che l'equilibrio è nello scrivere il contratto nel modo più chiaro possibile evitando un linguaggio tecnico

³²⁸ L'allegato 1 alla circolare della del 29 luglio 2009 sembra essere il punto più avanzato della legislazione in materia di trasparenza delle informazioni e delle condizioni contrattuali. Contiene la "Guida alla redazione dei documenti di trasparenza", enuclea tramite una serie di *bullet point* con pedissequi esemplificazioni i criteri volti ad assicurare elevati livelli di leggibilità. E' prescritto in particolare di: a) impiegare i diversi stili del carattere (grassetto, corsivo, sottolineato, maiuscolo, maiuscoletto) per dare evidenza alle informazioni e segnalare la priorità per il cliente. Adottare gli stili con coerenza in tutti i documenti rivolti al pubblico; b) evidenziare parole e frasi all'interno del testo con precisione ma con parsimonia, per non disorientare il lettore con un eccesso di segnali testuali. Scegliere parole significative, che danno indicazioni chiare sul contenuto; c) evitare le soluzioni che compromettono la leggibilità del documento, quali l'adozione del maiuscolo e del sottolineato per intere frasi e per interi blocchi di testo su più righe; d) non scrivere le informazioni importanti in corpo troppo piccolo; e) dove è opportuno, preferire alla forma discorsiva elenchi puntati e tabelle, che agevolano il confronto tra le informazioni; f) evitare i lunghi blocchi di testo e ricorrere il più possibile alla scansione del testo per capoversi, con un doppio spazio tra l'uno e l'altro.

La struttura dei documenti deve presentare le informazioni in ordine logico e priorità che assecondi le necessità informative la comprensione ed il confronto del cliente. E' a tal fine necessario: a) scandire e organizzare i contenuti su più livelli di lettura: titoli, indici e sintesi iniziali, sottotitoli di sezione o di paragrafo, evidenziazione di parole e concetti chiave, glossari, legende; b) elaborare titoli e sottotitoli precisi, che informano sul contenuto del testo che segue; la struttura dei documenti segue un ordine dal generale al particolare e le informazioni che riguardano lo stesso tema/contenuto sono presentate insieme.

La semplicità sintattica e la chiarezza lessicale sono calibrate sul livello di alfabetizzazione finanziaria delle differenti fasce di clientela, anche il relazione al prodotto che viene proposto. E' dunque necessario: a) scrivere frasi semplici e brevi, con una sola informazione principale, pochi incisi e subordinate; b) preferire la forma attiva a quella passiva; c) esprimere il soggetto; d) preferire il modo indicativo rispetto al congiuntivo; riportare i riferimenti normativi alla fine della frase tra parentesi; e) preferire parole di uso comune; f) preferire, ove possibile, preposizioni, congiunzioni, espressioni brevi e semplici formate da una o due parole; g) preferire il verbo al sostantivo che ne deriva; h) preferire i verbi semplici alle locuzioni verbali; i) evitare il gerundio soprattutto all'inizio di una frase; l) evitare di usare parole come "detto", "suddetto", "predetto", "quello", "esso", per riprendere o richiamare elementi precedenti. Spesso è preferibile ripetere la stessa parola; m) spiegare i termini tecnici più importanti e ricorrenti, con un linguaggio preciso ma semplice, in un glossario o in una legenda. Scegliere le sigle e le abbreviazioni non immediate, almeno la prima volta che appaiono nel documento.

(dunque evitando l'uso di locuzioni come "saldo avere", "svincolo anticipato" ecc.)³²⁹.

V'è poi una seguente circolare dell'ABI del 10 aprile del 2009 che consiglia pure l'uso di un linguaggio il più possibile discorsivo e l'inserimento in calce di un glossario «*che riporti le spiegazioni dei termini meno user friendly utilizzati*».

Così la regola di trasparenza impone di «*uniformarsi a criteri di impaginazione che assicurino elevati livelli di leggibilità; devono possedere una struttura idonea a presentare le informazioni in un ordine logico e di priorità che asseconi le necessità informative del cliente e faciliti la comprensione e il confronto delle caratteristiche dei prodotti*», i documenti devono presentare inoltre «*semplicità sintattica e chiarezza lessicale calibrate sul livello di alfabetizzazione finanziaria della clientela*»³³⁰.

La disciplina, seppur fin troppo dettagliata nel definire i criteri che il predisponente deve rispettare nella redazione dei documenti informativi e delle clausole, non sanziona esplicitamente il mancato rispetto dell'obbligo di chiarezza e comprensibilità. Non sembra infatti in alcun modo estendibile la sanzione della nullità del contratto per il mancato rispetto della forma prescritta. Il rimedio esperibile da parte del cliente che subisce un'informazione non trasparente o stipula una clausola redatta in modo poco chiaro pare essere, in parallelo a quanto avviene più generalmente per l'art. 35 cod. cons., di tipo risarcitorio³³¹. In altre parole, le disposizioni che dettano prescrizioni sulla modalità redazionale dei documenti e delle

³²⁹ A. LUPOI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie di investimento (note alle nuove istruzioni della Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contr. e imp.*, 2009, pagg. 1244 e ss.; cfr. anche A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempi di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca bor. tit. cred.*, 2010, I, pagg. 557 e ss.

³³⁰ E. CAPOBIANCO - F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza*, cit., pag. 1158.

³³¹ Si avanza sommessamente l'idea che un problema di ricerca del rimedio si pone in modo diverso se si estende la nozione di trasparenza anche ai doveri di informazione e di forma. A quel punto è da porsi un problema di validità del negozio stipulato nella forma non corretta o, nel caso di mancata informazione, di sua possibile risolubilità, v. V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Cont. e imp.*, 2005, pag. 508.

clausole valgono ad oggettivare la responsabilità del predisponente nel caso di mancato rispetto delle stesse.

Le notazioni fin qui fatte sono già sufficienti ad osservare che la tutela del contraente debole, passa in materia bancaria attraverso precetti che prescrivono la regola di chiarezza e comprensibilità delle clausole contrattuali e più in generale di tutto il flusso informativo tra la banca ed il cliente. In questo ambito infatti l'accordo è preceduto da una fase procedimentalizzata, tanto che alcuni studiosi hanno parlato di "trasparenza delle relazioni contrattuali"³³².

2. La trasparenza nei contratti finanziari

I contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento trovavano regolazione in un primo momento nella legge 9 gennaio 1991, n. 1. In essa la trasparenza afferiva alla chiarezza dei prezzi di negoziazione e agli oneri aggiuntivi del contratto. Attraverso i successivi interventi legislativi si è cercato di garantire un adeguato livello di concorrenza del mercato e, allo stesso tempo, la possibilità per il cliente di operare in modo più consapevole.

La rassegna di disposizioni che segue rende evidente, ancora una volta, l'intento del legislatore di combattere lo squilibrio contrattuale, mercé l'offerta all'investitore di una "sequenza informativa"³³³ orientata alla trasparenza, in un settore in cui le asimmetrie si manifestano in modo particolarmente marcato³³⁴.

Con il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 è stato introdotto il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d'ora in avanti

³³² A. MIRONE, *Il diritto dei contratti bancari di fronte alla crisi: affidamento della regolamentazione di trasparenza o indebito ingerenza nelle dinamiche di mercato?*, discussion paper in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2010; similmente già V. CALANDRA BUONAURA, *La trasparenza dei servizi bancari d'investimento*, in *Giur. comm.*, 2008, I, pagg. 220 e ss.

³³³ La locuzione "sequenza informativa" è in V. SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, pag. 171.

³³⁴ Cfr. M. CIAN, *Gli obblighi informativi degli intermediari*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, pagg. 1197 e ss..

"t.u.f."). L'art. 21, c. 1, del t.u.f. obbliga i soggetti abilitati a comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nella prestazione dei servizi di investimento e accessori. E' stato ritenuto che detti canoni comportamentali riprendono ed integrano le regole di condotta prevista dal codice civile agli artt. 1175, 1176, 1337, 1375, semplicemente acquisendo i primi una natura più stringente rispetto a quelli generici³³⁵. Gli obblighi recati nella legge speciale avrebbero dunque la funzione di regolare in modo più rigida l'attività degli intermediari rispetto a quella di intermediari non qualificati³³⁶.

La norma è posta a presidio del problema tipico del rapporto tra intermediario e cliente: quello relativo asimmetria informativa. E' infatti evidente che l'intermediario sia una persona con maggiore esperienza e più conoscenza dei prodotti e dei servizi disponibili rispetto al cliente medio. Dacché l'emergere di una serie di rischi per la parte più debole del rapporto: l'intermediario potrebbe agire nel proprio esclusivo interesse, lucrando guadagni a spese di un cliente ignaro e non in grado di controllarne l'operato. Ecco che allora la disposizione in commento ha il precipuo obiettivo di non far andare delusa l'utilità attesa da chi contratta con l'intermediario³³⁷. Nel tessuto dispositivo dell'art. 21 t.u.f. questo fine è perseguito con previsioni che sembrano avere diversa natura: da un lato, quelle all'informative³³⁸; dall'altro, regole di organizzazione che impongono l'adozione di una determinata struttura imprenditoriale. I principi generali di diligenza, correttezza e trasparenza non sono tuttavia esclusivamente rivolti a tutela del cliente ma anche all'integrità dei mercati: è stato infatti osservato che la violazione di regole di comportamento minerebbe la fiducia

³³⁵ F. ROMEO, *Informazione e intermediazione finanziaria*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, pag. 658; cfr. anche Cass. 25 giugno 2008, n. 17340, in *Rep. For. it.*, 2008.

³³⁶ Già C. CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, in *L'intermediazione mobiliare*, Napoli, 1993 e poi in *Banca bors. tit. cred.*, 1993, I, pag. 318; F. REALMONTE, *Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione finanziaria*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1994, I, pag. 617; più recentemente F. CAPUTO NASSETTI, *I derivati finanziari*, sec. ed., Milano, 2011, pag. 657.

³³⁷ Cfr. F. SARTORI, *Regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2006, pag. 135.

³³⁸ Sono invero quelle rilevanti ai fini di questa ricerca; tutte riconducibili a regole di condotta dell'intermediario.

degli investitori e, in definitiva, la corretta allocazione delle risorse sul mercato³³⁹.

Venendo al problema di queste pagine, può osservarsi che il riferimento al comportamento secondo il canone di trasparenza non è circoscritto dalla disposizione in esame. Guardando tuttavia alla *ratio* che ispira la disciplina sembra qui esserci un riferimento alla trasparenza in senso ampio ed in particolare agli oneri informativi³⁴⁰.

Sempre l'art. 21 alla lettera c) prevede che siano utilizzate comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti.

D'altro lato, l'art. 23 del t.u.f. prevede l'adozione della forma scritta per la stipulazione dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, sanzionando la mancanza del requisito di forma con la nullità del contratto che può, in deroga alla disciplina generale del contratto, essere fatta valere soltanto dall'investitore. Il requisito di forma scritta, è stato condivisibilmente ritenuto, deve essere rispettato dal c.d. contratto quadro e non anche dai singoli ordini che nel contratto si iscrivono³⁴¹. E' inoltre bene precisare che il formalismo è giustificato quando c'è uno squilibrio informativo; in casi diversi si configurerebbe infatti come un inutile costo. In ragione di ciò l'art. 37 del Regolamento Consob 16190 del 2007 prevede che gli obblighi di forma scritta si applichino esclusivamente nei rapporti tra intermediari e clienti di dettaglio.

Alla direttiva 2004/39/CE c.d. "Mifid" ha fatto seguito il regolamento Consob del 29 ottobre 2007, n. 16190, che ha insieme alla prima sostituito la precedente disciplina in materia di oneri comportamentali. All'interno del

³³⁹ F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2012, pag. 122.

³⁴⁰ Ma invero la norma includerebbe anche la nozione più restrittiva della regola di trasparenza, vicina a quella oggetto di analisi in questo lavoro. Cfr. T. Trapani, 30 agosto 2007, in www.ilcaso.it, 2007: «il canone della "trasparenza" cui si deve attenere l'intermediario nella prestazione dei servizi di investimento si specifica anche nella qualità del documento contrattuale che deve essere tale da porre il cliente in condizioni di trarre dalla sua semplice consultazione gli elementi necessari per esprimere un consenso consapevole. I moduli presentati al cliente devono quindi essere redatti con chiarezza e consentire una immediata rilevazione della portata e dei rischi dell'operazione».

³⁴¹ Sul punto *ex multis* E.M. MASTROPAOLO, *I servizi di investimento e gli intermediari professionali*, Milano, 2003, pag. 481; F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004, pag. 218. In giurisprudenza cfr. T. Modena 15 giugno 2009, in www.ilcaso.it, 2009; T. Milano, 15 marzo 2006, in www.ilcaso.it, 2006.

regolamento è contenuto il Libro III, che nella parte II reca norma relative alla "Trasparenza e correttezza nella prestazione dei servizi/attività di investimento e dei servizi accessori". Gli articoli 37 e 38 sono dedicati ai contratti e contengono una lunga lista di informazioni che devono essere date al cliente (deve trattarsi di un cliente al dettaglio), essi tuttavia non fanno menzione della chiarezza e comprensibilità delle relative clausole. La trasparenza sembra in questo modo avere ancora una portata ampia ed invero riferirsi all'informazione contrattuale³⁴².

D'interesse sono invece gli artt. 27, c. 1, e 28, c. 2, dello stesso regolamento. Le informazioni devono essere corrette chiare e non fuorvianti (art. 27, c. 1) e redatte in modo che siano comprensibili «con ogni probabilità dall'investitore medio del gruppo al quale sono dirette o dal quale saranno ricevute» (art. 28, c. 2)³⁴³. In giurisprudenza si è così detto

³⁴² E. RIGHINI, *Recenti sviluppi della giurisprudenza di merito sulla tutela dell'investitore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, pag. 150.

³⁴³ Una disciplina analoga era contenuta nel testo di attuazione al t.u.f. nella versione antecedente al d.lgs. n. 164/2007. In particolare si fa riferimento al Reg. Consob 11522 del 1 luglio 1998. All'art. 28, comma 2, dello stesso, si disponeva che il cliente fosse messo in condizione di "effettuare consapevoli scelte di investimento e disinvestimento". Il cliente doveva dunque essere informato in modo obiettivo, completo, intellegibile sugli elementi rilevanti del servizio offerto e dell'investimento, e ciò in forza di un dovere continuativo che stava in capo all'intermediario finanziario. Tuttavia la quantità di informazioni da dare al cliente dipendeva dalla sua esperienza e dalla complessità dell'operazione. Cfr. R. COSTI – L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Milano, 2004, pag. 332. Il dovere continuativo era menzionato nella *Comunicazione Consob* n. 30396 del 21 aprile 2000: «gli intermediari sono tenuti all'osservanza di quanto disposto dall'art. 28, comma 2, del regolamento n. 11522/1998, ai sensi del quale è necessario fornire all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle operazioni, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento. Tale obbligo è di carattere continuativo e non si esaurisce in occasione della prima operazione. Le informazioni da fornire al cliente possono essere rese secondo modalità standardizzate mediante un sito Internet». Lo stesso provvedimento menziona la trasparenza e correttezza dell'operatore nel fornire l'informazione on line «la modalità di prestazione on line del servizio non esonera gli intermediari dal rispetto delle regole vigenti in tema di informativa preventiva da rendere all'investitore. E' ritenuto pienamente compatibile con la disciplina in essere l'opzione operativa di rendere disponibile tramite il sito Internet il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari, che deve essere consegnato all'investitore prima dell'inizio della prestazione dei servizi di investimento ed accessori a questi collegati (3). L'intermediario deve comunque dotarsi di procedure tecniche ed operative che gli permettano di acquisire e conservare idonea attestazione di avvenuta "consegna" del documento. Inoltre, in un contesto che richiede agli intermediari di operare in modo che i clienti "siano sempre adeguatamente informati" (art. 21, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 58/1998), e considerato il dovere generale di comportarsi con "correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti" (art. 21, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 58/1998), si raccomanda di far presente agli investitori, prima dell'avvio della prestazione del servizio, che la modalità di esecuzione on line (significativamente denominata "trading") può indurre il risparmiatore a moltiplicare le transazioni operando in una prospettiva intraday; di tale strategia vanno segnalati ed

che l'informazione deve essere ritagliata sui profili e sui desideri del cliente e calibrata rispetto alle particolarità del rapporto. L'informazione dovrebbe cioè rivelarsi adeguata in concreto³⁴⁴.

Sulle conseguenze derivanti dalla mancanza di informazioni nei modi richiesti dalla disciplina in materia di contratti finanziari ci si è a lungo interrogati.

La prima tesi che è stata prospettata è quella di una nullità virtuale *ex art. 1418, c. 1, c.c.* che colpirebbe il contratto stipulato a seguito di una inesatta informazione. Sarebbe in ipotesi violata una norma imperativa dettata o dall'art. 21 del t.u.f. o dal regolamento Consob 16190/07. Per quest'ultimo caso ci si sospinge fino a dire che non sarebbe d'ostacolo la natura regolamentare della disciplina violata atteso che questa, ancorché di rango secondario, attua i principi del t.u.f. e con questo forma un corpo organico³⁴⁵.

Nei confronti di questa linea di pensiero si muovono un doppio ordine di critiche³⁴⁶. In primo luogo, si obietta che la nullità virtuale postula che la contrarietà alla norma imperativa riguardi il profilo strutturale dell'atto e non la condotta scorretta di uno dei contraenti³⁴⁷; in secondo luogo, si osserva che la sanzione della nullità c.d. relativa, specificamente prevista dal legislatore in alcune ipotesi (art. 23 del t.u.f.), rende non congrua la possibilità di configurare la ben più grave nullità assoluta del contratto per tutte le violazioni di doveri di condotta³⁴⁸.

illustrati compiutamente i rischi, anche in considerazione del costo complessivo in termini di commissioni (pur eventualmente di ammontare unitariamente minore)».

³⁴⁴ Cass. 25 giugno 2008, n. 17340, cit.

³⁴⁵ E' la tesi di P. MORANDI, *Violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari: rimedi esperibili*, in *Obbl. e contr.*, 2008, pag. 49. Nello stesso senso T. Firenze 18 febbraio 2005, in *Guida dir.*, 2005, pag. 83.

³⁴⁶ Il problema è stato analizzato, sebbene in modo non circoscritto ai contratti finanziari, nel capitolo II.

³⁴⁷ F. ROMEO, *Informazione e intermediazione finanziaria*, cit., pag. 678.

³⁴⁸ U. SALANITRO, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle Sezioni Unite*, nota a Cass. 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, pagg. 1005 e ss.. Ma già in modo analogo Cass., 29 settembre 2005, in *Danno e resp.*, 2006, pagg. 25 e ss.: «la "contrarietà" a norme imperative, considerata dall'art. 1418, primo comma, c.c., quale "causa di nullità" del contratto, postula, infatti, che essa attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardano, cioè, la

Il primo dei rilievi mossi è stato poi ripreso dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza del 19 dicembre 2007, n. 26724, le quali hanno definitivamente affermato che l'inosservanza degli obblighi di informazione e dei doveri di condotta posti a carico degli intermediari finanziari non comporta la nullità del contratto di intermediazione, atteso che la violazione delle norme imperative di cui all'art. 1418 c.c. deve riguardare elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto. Non può invece riguardare la condotta tenuta dalle parti nella fase prenegoziale o esecutiva del contratto già concluso³⁴⁹. Torna dunque nelle parole della Corte la distinzione tra regole di condotta e regola di validità³⁵⁰.

Ne consegue un ripensamento della responsabilità precontrattuale da parte della stessa Corte, responsabilità che troverebbe spazio anche nel caso di validità del contratto che risulti svantaggioso per la parte che ha subito il comportamento scorretto. Il risarcimento del danno non sarà così commisurato al c.d. interesse negativo ma si estenderà al minor vantaggio, o al maggior aggravio, prodotto dalla violazione dell'obbligo di comportamento, salva, naturalmente, la prova dell'esistenza di ulteriori danni³⁵¹.

Naturalmente, il configurarsi di una responsabilità precontrattuale non escluderebbe in questi casi la possibile applicazione di altri rimedi generali previsti in materia contrattuale. Il mancato adempimento ai doveri di informazione potrebbe infatti importare un vizio del consenso con conseguente annullamento del contratto. Per poco riflettere, rimarrebbe tuttavia la difficoltà di collocare un'ipotesi di mancata informazione e di informazione non trasparente nelle fattispecie del dolo o dell'errore³⁵².

struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, secondo comma, c.c.). I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto».

³⁴⁹ Cass., Ss.Uu., 19 dicembre 2007, in *Danno e resp.*, 2008, pag. 525, con n. di V. Roppo.

³⁵⁰ Per questa distinzione in particolare cfr. G. D'AMICO, *Regola di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pagg. 39 e ss. Sul punto ci si è a lungo soffermati nel secondo capitolo, sez. I, § 3.

³⁵¹ Cass., Ss.Uu., 19 dicembre 2007, cit.

³⁵² Cfr. F. ROMEO, *Informazione e intermediazione finanziaria*, cit., pagg. 682 - 685.

Il ragionamento svolto dalla Suprema Corte non dovrebbe mutare nel caso in cui l'informazione sia data in modo non trasparente, o la mancanza di trasparenza connoti le clausole contrattuali. Sembra piuttosto che, nell'ambito dei contratti finanziari, vi siano regole prescrittive di doveri di informazione e di trasparenza dell'informazione, sottendenti il dovere - di cui all'art. 35 cod. cons. - di trasparenza della clausola contrattuale.

3. La trasparenza nei contratti assicurativi

Anche nel settore delle assicurazioni private risulta particolarmente avvertita l'esigenza di tutelare il contraente debole del rapporto al fine di permettergli una corretta valutazione del rapporto che instaura con l'assicuratore. Al potenziale assicurato, come al cliente della banca e all'investitore, va data un'informazione adeguata per quantità e qualità. Occorre, in altre parole, non solo garantire che al contraente siano veicolate alcune informazioni importanti per la costituzione del rapporto, ma anche che dette informazioni siano per lui chiare e comprensibili.

La necessità di garantire al potenziale assicurato polizze trasparenti è stata posta in risalto dall'art. 4, lett. b), della legge 29 luglio 2003, n. 229, che recava testualmente, tra i principi che il legislatore delegato dovrà seguire per adottare entro un anno uno o più decreti legislativi in materia assicurativa, quello di *«tutela dei consumatori e, in generale, dei contraenti più deboli, sotto il profilo della trasparenza delle condizioni contrattuali, nonché dell'informativa preliminare, contestuale e successiva alla conclusione del contratto avendo riguardo anche alla correttezza dei messaggi pubblicitari e del processo di liquidazione dei sinistri, compresi gli aspetti strutturali di tale servizio»*. Di lì a poco il governo ha emanato il c.d. codice delle assicurazioni private d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209. E' stato notato in dottrina che il codice ha provveduto ad un riassetto della materia, ivi compresi i contratti di assicurazione, più che ad un semplice riordino³⁵³. Pertanto esso viene preso a punto esclusivo di riferimento per

³⁵³ F. ROMEO, *Informazione e trasparenza nel "Codice delle assicurazioni private" (parte prima)*, in *Studium iuris*, 2006, pag. 657.

cercare di cogliere la valenza della regola di trasparenza in *subiecta materia*. Si può quindi prescindere, almeno ai fini della presente ricerca, da una analisi delle disposizioni dettate dal codice civile relativamente al contratto di assicurazione (artt. 1882 - 1932 c.c.), per indagare tra quelle dettate dal codice delle assicurazioni agli articoli 165 - 181³⁵⁴.

Ivi in particolare l'art. 166 cod. ass. prevede, sotto la rubrica "*Criteri di redazione*" che: «1. Il contratto e ogni altro documento consegnato dall'impresa al contraente va redatto in modo chiaro ed esauriente. 2. Le clausole che indicano decadenze, nullità o limitazione delle garanzie ovvero oneri a carico del contraente o dell'assicurato sono riportate mediante caratteri di particolare evidenza». Da un punto di vista soggettivo, la disposizione sembrerebbe avere un ambito di applicazione non limitato al solo consumatore, bensì ricomprensivo qualsiasi soggetto che voglia stipulare un contratto di assicurazione. Si è giustificata questa differente portata rispetto all'art. 35 del cod. cons. ritenendo che la materia assicurativa sarebbe caratterizzata da un più elevato tecnicismo rispetto a quello che connota il generico atto di consumo, un tecnicismo, in definitiva, in grado di mettere in difficoltà anche i soggetti qualificati³⁵⁵. La scelta operata dal legislatore pare conforme a quanto disposto, per l'informazione nei contratti di assicurazione, dall'art. 36 della direttiva 2002/83/CE. In modo diverso, invece, l'art. 31 della direttiva 92/49/CEE limitava, al secondo paragrafo, l'ambito di applicazione della disciplina di tutela alle persone fisiche.

Inoltre va notato che, rispetto all'art. 35 cod. cons., l'art. 166 cod. ass. non fa riferimento al solo contratto predisposto. Probabilmente il legislatore ha mancato di circoscrivere a quest'ultimo l'ambito oggettivo di applicazione della norma perché nella pratica è assai poco frequente che un contratto di assicurazione non sia predisposto, dunque le ipotesi di contratto di assicurazione formato insieme dai contraenti sono statisticamente poco rilevanti. E' tuttavia da ritenere che un onere di *clare loqui* rimarrebbe in

³⁵⁴ Il rapporto tra i due corpi normativi sarebbe invero da ricostruire in chiave di legge generale (quella recata nel codice civile) a legge speciale (quella recata nel codice del consumo). Lo nota V. SANGIOVANNI, *I contratti di assicurazione fra codice civile e codice delle assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2011, pag. 108.

³⁵⁵ V. SANGIOVANNI, *I contratti di assicurazione fra codice civile e codice delle assicurazioni*, cit., pag. 114.

capo all'impresa assicuratrice anche nel caso di negoziazione di un contratto non predisposto. L'obiettivo della disposizione è infatti soprattutto quello di garantire un consenso informato da parte del contraente debole.

Ancóra, la locuzione usata dal primo comma dell'art. 166 cod. ass. è "chiaro ed esauriente", differente dunque dal "chiaro e comprensibile" dell'art. 35 cod. cons.. Il legislatore ha così ridotto la "chiarezza e comprensibilità" dell'art. 35, da molti reputata un'endiadi³⁵⁶, alla sola chiarezza e, ad un tempo, ha aggiunto che il contratto (o il documento) va redatto in modo esauriente. Se, tuttavia, l'esautività del contratto fosse da considerarsi in senso assoluto, essa andrebbe a cagione della chiarezza. Si è già detto nel corso di queste pagine che l'ultra-informazione è un pericolo per il contraente debole. I due canoni vanno dunque tra loro coordinati: il contratto deve essere esauriente ma deve pur sempre rimanere chiaro.

A ben vedere parlare di "chiarezza e esaustività" in questa sede appare una scelta quanto mai felice. Non deve sfuggire infatti che l'art. 35 cod. cons. fa riferimento alle clausole del contratto; l'art. 166 cod. ass. ha quale oggetto di valutazione invece il contratto. Il che porta da un lato all'obiettivo dell'esautività delle clausole, dall'altro a non sottovalutare il possibile intrecciarsi delle stesse che potrebbe portare seco il pericolo della perdita di chiarezza del contratto nel suo insieme³⁵⁷. A ben vedere, l'art. 166 cod. ass. costituisce il necessario completamento dell'art. 35 cod. cons.: se in quest'ultimo si discorre di ciò che sta nella clausola (che deve essere chiaro e comprensibile), nel primo si discorre di ciò che sta nel contratto, cioè delle stesse clausole e del loro reciproco rapporto semantico. Soccorre nel ragionamento l'art. 1363 c.c., che, con riferimento all'interpretazione del contratto, dispone: «*le clausole si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto*». E' evidente che anche il processo conoscitivo del consumatore, sebbene distinto dall'interpretazione, muoverà tra le clausole e coglierà le une per mezzo delle altre.

³⁵⁶ In luogo di tanti V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"*, cit., pag. 64; F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, cit., pag. 75.

³⁵⁷ Riferisce invece l'esautività ad una spiegazione non meramente terminologica (e dunque anche esemplificativa?) delle clausole del contratto E. FERRANTE, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. Bin, Padova, 2006, pag. 491.

Infine va rilevato che l'approccio di questa norma sembra muovere in una direzione opposta rispetto a quella propria del codice civile. Gli articoli 1892 e 1893 c.c. tutelano infatti maggiormente l'assicuratore, che per dichiarazioni inesatte o reticenze dell'assicurato potrebbe richiedere l'annullamento del contratto o recedere da esso³⁵⁸. Tuttavia non può non rilevarsi che all'assicurato il codice civile impone un obbligo di dire, non strettamente un obbligo di dire in modo chiaro e comprensibile. L'informazione inesatta a cui fanno riferimento le due disposizioni è quella non corrispondente al vero, non anche quella non sufficientemente precisa e univoca.

Il secondo comma della disposizione in esame si sofferma sulla forma grafica, stabilendo che: «*Le clausole che indicano decadenze, nullità o limitazione della garanzie ovvero oneri a carico del contraente o dell'assicurato sono riportate mediante caratteri di particolare evidenza*». Si tratta in questo caso di un accorgimento legislativo per garantire la consapevolezza delle condizioni fondamentali di efficacia della copertura³⁵⁹. Tuttavia, si può anche osservare che l'ampiezza di quest'ultima disposizione ne può diminuire l'effettiva utilità per l'utente, il quale, posto davanti al testo contrattuale, non saprebbe immediatamente distinguere quali clausole, tra quelle relative ad oneri ed obblighi, sono effettivamente per lui importanti.

Assume particolare rilievo ai fini della presente indagine la circolare ISVAP n. 551 del 2005 nella parte in cui dispone (art. 3) che, nella redazione di documenti precontrattuali e contrattuali, le imprese devono: utilizzare espressioni “chiare e sintetiche” per facilitare la comprensione del contraente; predisporre un “glossario” nel quale deve essere contenuta la spiegazione dei termini tecnici; adottare caratteri tipografici non inferiori ad una determinata misura e comunque utilizzare accorgimento volti a facilitare la lettura; evidenziare con particolari caratteri le clausole di

³⁵⁸ Il rilievo è già in V. SANGIOVANNI, *ult.cit.*, pag. 112.

³⁵⁹ Cfr. L. FARENGA, *sub art. 166*, in *Il codice delle assicurazioni provate*, diretto da F. Capriglione, con la collaborazione di Alpa e Antonucci, Padova, 2007, pag. 52

maggior importanza e le avvertenza contenute nella scheda sintetica di contratto e nella nota informativa³⁶⁰.

Tutte le disposizioni sopra richiamate rendono evidente come, in materia assicurativa, sia particolarmente avvertita l'esigenza di tutelare la parte debole del contratto. A tal fine gli obblighi redazionali si fanno puntuali e penetranti. Sul piano della sanzione tuttavia il legislatore si guarda da ricondurre effetti espliciti all'eventuale mancanza di uno dei presupposti sopra delineati. Col che pare evidente che il rimedio lasciato a chi contrae con l'assicuratore sia, ancora una volta, di tipo risarcitorio³⁶¹. Rimane naturalmente la possibilità di predicare, qualora siano integrate le fattispecie del codice civile, l'annullabilità del contratto per dolo c.d. redazionale o per errore³⁶². Le norme passate in rassegna paiono un'utile garanzia per il contraente, stante la scarsa applicazione fatta in *subiecta*

³⁶⁰ Il testo dell'art. 3 merita di essere riportato per intero: «Nella redazione dei documenti precontrattuali e contrattuali le imprese: a) utilizzano espressioni chiare e sintetiche affinché il contraente sia in grado di comprendere il contenuto del contratto che si appresta a sottoscrivere, con le relative prestazioni offerte, le garanzie e gli eventuali rischi finanziari a suo carico; b) predispongono un Glossario nel quale spiegano il significato dei termini tecnici; c) adottano caratteri di stampa non inferiori a 11 e utilizzano accorgimenti grafico- tipografici e redazionali tali da rendere agevole la lettura; nella redazione del solo modulo di proposta tali accorgimenti possono trovare opportuno adattamento in presenza di specifiche esigenze tipografiche; d) illustrano con caratteri grafici di particolare evidenza le clausole che prevedono rischi, limitazioni, oneri, obblighi e decadenze a carico del contraente nonché le "Avvertenze" contenute nella Scheda sintetica e in Nota informativa; e) assicurano la coerenza delle informazioni e delle clausole all'interno di uno stesso documento e tra i documenti di cui all'art. 2, comma 1; f) utilizzano termini quali "garanzia, garantito" solo con riferimento a contratti per i quali l'impresa presta direttamente la garanzia finanziaria, evitando l'uso di tali termini nell'ipotesi di impegni assunti da terzi a corrispondere importi prestabiliti; g) utilizzano il termine "capitale protetto" solo con riferimento a contratti per i quali è prevista l'adozione di particolari tecniche di gestione che mirano a minimizzare la possibilità di perdita del capitale investito; in tali casi va evidenziato che la protezione non costituisce garanzia di conservazione del capitale o di rendimento minimo; h) non inseriscono espressioni o formulazioni di natura pubblicitaria o promozionale». Analogamente a quanto disposto dal regolamento ISVAP 35 del 2010 all'art. 5, sui criteri di redazione dell'informativa precontrattuale.

³⁶¹ Precise notazioni al riguardo sono svolte da R. CAVALLO BORGIA, *Il contratto ed i criteri di redazione*, in *Responsabilità e assicurazione*, sec. ed., a cura di R. Cavallo Borgia, nel *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2007, pag. 51, la quale, con riferimento al profilo della sanzione, rileva la mancanza di un disegno organico da parte del legislatore.

³⁶² C. MENICHINO, *La clausola Claims Made nel contratto di assicurazione*, in *Le clausole a rischio di nullità*, a cura di G. De Nova, Milano, 2009, pag. 16; L. FARENGA, *sub art. 166*, in *Il codice delle assicurazioni private*, cit., pag. 51.

materia della clausola generale di buona fede nelle trattative di cui all'art. 1337 c.c.³⁶³.

4. Emersione della regola di trasparenza delle clausole (o del contratto) nell'ordinamento: un principio settoriale

L'analisi svolta consente di chiedersi quale rilevanza assuma la regola di trasparenza, intesa come chiarezza e comprensibilità delle condizioni contrattuali, nel nostro ordinamento.

Si è visto che alle norme originarie, in cui soggetto tutelato era il consumatore in senso stretto, cioè la persona fisica³⁶⁴ che agisce per scopi estranei ad un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta (art. 3, lett. a, cod. cons.), si aggiungono, in tempi più recenti, disposizioni in cui la tutela è estesa anche ad altre parti del rapporto contrattuale. Così è, come s'è visto, nel caso del contratto di assicurazione, in cui l'art. 166 cod. ass. disciplina la trasparenza del contratto concluso tra assicuratore ed un altro soggetto; quest'ultimo, non per forza consumatore.

La regola di trasparenza sembrerebbe così emergere e, dall'alveo dei rapporti di consumo, risalire fino a trovare applicazione in quei casi in cui una parte lesa non sia esclusivamente un consumatore.

La più recente enunciazione della norma contrattuale si ritrova in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari³⁶⁵. L'art. 62 del d.l.

³⁶³ Lo nota F. D'ANGELO, *Il Contratto: un convitato di pietra al tavolo del codice delle assicurazioni*, in AA.Vv., *I prodotti finanziari bancari e assicurativi. In ricordo di Gaetano Castellano*, 2008, pag. 100.

³⁶⁴ La soluzione di ritenere consumatore la sola persona fisica è stata oggetto di ampio dibattito. E' appena il caso di notare che differente è stata la scelta del sistema inglese UCTA e di quello tedesco (§ 310 BGB). Sul punto cfr. F. LUCCHESI, *sub art. 3, Codice del consumo*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007, pag. 47; A. SOMMA, *I contratti standards nel diritto interno e comunitario*, Materiali raccolti da Alpa e Bessone, Torino, 1997, pagg. 262 e ss. La scelta del legislatore italiano è comunque conforme alle indicazioni fornite da Corte gius. CE, 22 novembre 2001, C- 541/99 e C-542/99, in Foro it., 1999, IV, pagg. 129 e ss. Sul punto si è anche pronunciata la Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 4, pagg. 967 e ss.

³⁶⁵ Ma coglie la contraddizione tra la rubrica della disposizione e la lettera del suo primo comma (che menziona i soli prodotti agricoli ed alimentari), con le conseguenti incertezze applicative che potrebbero derivare, F. ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2012, 2, pagg. 2 e 3; e poi dello stesso A., *Prodotti alimentari o*

24 gennaio 2012 n. 1, dopo un'elencazione delle informazioni di base che devono essere date al contraente, dispone infatti che “*i contratti devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti*”³⁶⁶. La regola è limitata ai rapporti che corrono nella filiera produttiva, eccezion fatta per quelli con il consumatore finale³⁶⁷. Il che vale quanto dire che la disposizione ha il proprio ambito di applicazione esclusivamente nei contratti tra soggetti professionisti (*recte*: imprenditori). La norma sembra dunque posta a protezione di un presunto contraente debole e dei suoi interessi, attraverso il richiamo a criteri ampi³⁶⁸.

agroalimentari? Il TAR del Lazio, giudice del mercato e law maker, smentisce MIPAAF e l'AGCM, Rivista di diritto alimentare, 2013, 3, pagg. 33 e ss.. Sulla novella legislativa vd. anche A. GERMANÒ, *Sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari*, in *Dir. giur. agr.*, 2012, spec. pagg. 379 – 381; A.M. BENEDETTI – F. BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pagg. 641 e ss.

³⁶⁶ E' interessante notare che è devoluta all'AGCM la vigilanza sul rispetto dei menzionati obblighi, oltre che la possibilità di irrogare sanzioni qualora essi vengano violati. La previsione di codesto rimedio, insieme alla considerazione che la trasparenza è pur sempre una regola di comportamento e non di validità, dovrebbe escludere la nullità virtuale nel caso in cui la regola di trasparenza non fosse rispettata. Sulla riserva di cui all'art. 1418, comma 1, c.c., cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., spec. pag. 440; Cass. civ., 14 dicembre 2010, n. 25222, consultabile su www.altalex.com.

Considerazione in parte diverse andrebbero fatte per il caso in cui a mancare fosse la forma scritta di cui al primo periodo del citato art. 62. Ivi la disposizione prevedeva inizialmente la sanzione esplicita della nullità (“assoluta”, Cfr. F. ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?)*, cit., pag. 7). La sanzione della nullità è stata tuttavia poi esclusa dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221. Rimane tuttavia il fatto che, almeno la forma scritta, è un requisito strutturale dell'atto; il che lascia non pochi dubbi sulla sorte del contratto nel caso in cui questa non sia rispettata (cfr. sul problema sempre F. ALBISINNI, *Prodotti alimentari o agroalimentari?*, cit. 35).

³⁶⁷ Si tiene da parte in queste pagine il problema, seppur di grande rilievo, che riguarda l'etichettatura dei prodotti alimentari. Questa scelta deriva dalla considerazione che la non trasparenza dell'etichetta del prodotto va distinta dalla mancanza di trasparenza della clausola contrattuale; la prima può integrare al più una pratica commerciale scorretta. Al riguardo pare emblematica la nota sentenza tedesca sulla Nutella, pronunciata dall'*Oberlandesgericht Frankfurt am Main*, il 20 ottobre 2011, pubblicata in *Riv. dir. agr.*, 2011, con nota di S. BOLOGNINI, *La Nutella “tedesca” alla prese con la trasparenza della dichiarazione nutrizionale e le ammissioni di colpa del legislatore europeo*, pagg. 242 e ss. Senza riportare il fatto nella sua interezza, basti ricordare che la Ferrero (produttrice dei vasetti di Nutella) era stata condannata a pagare una somma a titolo di risarcimento, per aver immesso sul mercato i prodotti con un'etichetta idonea a trarre in inganno il consumatore circa i valori nutritivi del prodotto. La pratica commerciale è stata considerata dalla citata Corte ingannevole, perché non richiamava adeguatamente l'attenzione del consumatore medio circa la diversità dei parametri con i quali veniva fornita l'indicazione relative all'apporto calorico. Il problema analizzato dalla Corte non era dunque relativo alla quantità delle informazioni date al consumatore, quanto alla qualità delle stesse, cioè alla loro trasparenza. Dovevano le informazioni essere date in modo più fruibile per il consumatore.

³⁶⁸ Da un pericolo applicativo di codesti criteri mette in guardia G. BISCONTINI, *Contratti agroindustriali ed art. 62 d.l. n. 1 del 2012: luci ed ombre*, consultabile su www.comparazionedirittocivile.it, 2012.

L'obiettivo appare quello di rimediare ad una sproporzione di potere contrattuale tra produttori agricoli e/o agroalimentari e imprese che svolgono attività di intermediazione commerciale³⁶⁹.

Non è tutto. Vien d'uopo rilevare che la norma, ad un tempo: *i*) enuncia la regola di trasparenza; *ii*) la separa dal contenuto informativo vero e proprio (che è enunciato nel primo periodo della disposizione); *iii*) non circoscrive tuttavia la trasparenza, mercé l'utilizzo di alcuna locuzione definitoria, come ad esempio "chiarezza e comprensibilità"; *iv*) eleva esplicitamente la trasparenza a principio, accanto a correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni (*sic!*)³⁷⁰.

I primi tre punti sopra divisati si tengono insieme: è evidente che, nel momento in cui il legislatore ha separato alcuni precisi doveri di informazione dalla trasparenza, quest'ultima, altro non può essere che la chiarezza e la comprensibilità del testo contrattuale.

Cade acconcio adesso indagare il rilievo fatto al punto *iv*), per cercare di misurare l'emersione della regola di trasparenza nell'ordinamento. Prima ancora di chiedersi se la trasparenza delle clausole contrattuale costituisca davvero un principio dell'ordinamento, è necessario misurare l'estensione applicativa che essa assume. Per sciogliere questo dubbio è opportuno muovere da una domanda: a cosa serve la trasparenza? Con il presente lavoro si è cercato di chiarire che l'obbligo di trasparenza protegge il procedimento di decodificazione di un messaggio da parte di un contraente. Il che pare giustificare la previsione di codesto obbligo, a voler dare ad esso un qualche significato che non si stringa sulla semplice buona fede, là dove un contraente abbia una posizione di *strutturale deficit cognitivo* rispetto ad un altro. Vale a dire, nei casi in cui una parte sia per definizione più sprovvista rispetto all'altra.

Se questo è vero, la regola di trasparenza sembra giustificata (si badi: come previsione normativa) nei casi in cui lo scambio avvenga tra un professionista ed un consumatore (semplice consumatore, cliente o investitore, che esso sia). Appare cioè giustificata in tutti quei casi in cui ad

³⁶⁹ Così R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2012, 4, pag. 9.

³⁷⁰ E' evidente il parallelo con l'art. 2, c. 2, lett. e), cod. cons.. Ma ciò che ivi è definito come "diritto" alla "correttezza, alla trasparenza ed all'equità dei rapporti contrattuali", nell'art. 62 è convertito, forse con eccessiva enfasi, addirittura in "principio".

un soggetto che compie un atto della sua attività professionale ne sta davanti un altro che compie un atto estraneo alla sua professione³⁷¹.

Bisogna allora ritenere che, quando il legislatore pone la regola di trasparenza anche nei rapporti c.d. *Business to business* (si è preso l'esempio dell'art. 166 cod. ass. e poi quello dell'art. 62 del d.l. 1/2012), lo faccia per un eccesso di paternalismo. E ciò potrebbe portare a risultati paradossali, sol che si pensi, per modo d'esempio, ai rapporti che corrono tra professionisti che operano in parti diverse della filiera (produttiva, di distribuzione ecc.), ove nulla impedisce che il soggetto che riceve la prestazione tipica dedotta in contratto sia invero strutturalmente più capace ed informato, di quello che la deve eseguire, ma in cui l'obbligo di trasparenza incombe solo su quest'ultimo. Apparirebbe dunque più saggio, in termini di politica legislativa, ove non sia possibile predeterminare in astratto quale sia il soggetto debole del rapporto, lasciare la regolazione dello stesso ad un giudizio *ex post*, anche se fosse misurato sul solo criterio di buona fede³⁷². Al riguardo non pare avventato auspicare che in questo

³⁷¹ E' evidente che questa considerazione poggia sulle basi teoriche poste in tema di acquisti di beni ad uso promiscuo. Segnatamente è preso spunto dalla teoria c.d. della "competenza rispetto all'atto", per la quale è consumatore colui che, ancorché acquistando un bene ad uso promiscuo, compia un atto estraneo all'esercizio della sua attività professionale. La qualifica di consumatore non cambia allorché il soggetto ponga in essere un atto "relativo alla professione", cioè un atto che, pur esercitato in un contesto di collegamento con la professione, di essa non costituisce espressione. Cfr. Trib. Torino, 19 agosto 2008; Trib. Roma, 20 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, c. 654, con n. di Lener. In particolare la conclusione espressa dai giudici romani per salvare il criterio della competenza rispetto all'atto, e che merita richiamo, può essere così riassunta: appare il criterio della competenza rispetto all'atto il più coerente con la disciplina di tutela del consumatore, il quale si trova in una situazione di fisiologica e strutturale di debolezza rispetto alla controparte professionista. Il professionista ha infatti tutte le competenze necessarie rispetto all'atto che pone in essere e soprattutto a confronto con il consumatore, che agisce da profano. I termini del dibattito sono ben lumeggiati in A. CATRICALÀ – M.P. PIGNALOSA, *Manuale di diritto dei consumatori*, cit., pagg. 24 e ss., che ritengono la teoria esposta la più idonea a dar conto della disciplina consumeristica. Cfr. anche G. CHINÉ, *Uso ed abuso della nozione di consumatore nel codice del consumo*, in *Corr. merito*, 2006, pagg. 432 e ss.

³⁷² Icastiche le parole di R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit., pagg. 16 e 17: «Nel rapporto consumatore-professionista si presume un'asimmetria che fonda lo squilibrio sulla mancanza di adeguata informazione e sull'ignoranza dei termini dello scambio. Pur potendo ipotizzare che talvolta anche un imprenditore non possieda un adeguato quadro informativo nonostante la sua qualità, nelle relazioni commerciali tra imprese ciò che rileva è essenzialmente una debolezza di natura economica, "strettamente legata al tipo di mercato nel quale l'imprenditore svolge la sua attività ed alla particolare tipologia di relazione negoziale che, per poter operare in quell'ambito, egli è obbligato a far sorgere". La "debolezza" dell'imprenditore, pertanto, a differenza di quella del consumatore, non potrebbe predicarsi a priori ed in astratto, ma solo eventualmente accertarsi a posteriori ed in concreto; di tale circostanza occorre tener conto allorché si tenti di dare una lettura – in chiave sistematica – delle disposizioni inerenti la forma degli atti che vedono come parti necessarie ed esclusive gli imprenditori»; F. ADDIS,

senso muoverà la giurisprudenza, la quale probabilmente ignorerà l'applicazione della regola (vincolante la sola parte forte del contratto) di trasparenza nei rapporti "B2B", o la costringerà, il che è lo stesso, nel più generico obbligo di buona fede. Salvo ovviamente il caso in cui la debolezza dell'imprenditore fosse successivamente accertata in concreto.

Dacché si deduce che l'enunciata regola può avere una valenza trasversale nei soli *rapporti professionista – consumatore* e, invece, non va data soverchia considerazione all'impiego episodico che della stessa è fatto da parte del legislatore nei *rapporti tra professionisti*. E' muovendo dal primo ambito di applicazione che viene da domandarsi: si può predicare l'esistenza di un principio di trasparenza del contratto che ha quali parti un professionista ed un consumatore³⁷³? La ripetizione della regola di trasparenza nei contratti tra professionista e consumatore, banca e cliente, intermediario e investitore, compagnia assicuratrice e assicurato, autorizza a trarre in via deduttiva una simile conclusione?

E' necessario procedere ad alcuni preliminari chiarimenti.

«Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole, cit., pag. 12: «occorre attribuire decisiva importanza ad un'attenta ricostruzione degli elementi caratterizzanti la "debolezza" del consumatore e quella di un imprenditore o di un professionista. Nel primo caso, è ormai assodato che vi è una presunta ignoranza dei termini dello scambio, un'asimmetria che fonda lo squilibrio proprio sulla mancanza di adeguata informazione. Non è ovviamente possibile escludere che una situazione di tal genere si verifichi anche nell'ambito commerciale, potendo occasionalmente accadere che un imprenditore non sia adeguatamente informato nonostante la sua professionalità, ma è evidente che ciò non può rappresentare un'ipotesi così statisticamente frequente da giustificare la previsione legislativa di favore: quello che invece sempre sussiste nella relazioni commerciali in esame è una debolezza di natura economica, strettamente legata al tipo di mercato nel quale l'imprenditore svolge la sua attività e alla particolare di relazione negoziale che, per poter operare in quell'ambito, egli è obbligato a far sorgere. A differenza della debolezza consumeristica, dunque, quella dell'imprenditore non è mai predicabile *a priori* e in astratto, ma è solo eventualmente accertabile *a posteriori* e in concreto». Nello stesso senso E. NAVARRETTA, *Luci e ombre del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, pag. 319.

Non sembrerebbe invece cogliere del tutto nel segno quel pur autorevole orientamento che sposta l'attenzione dal contratto del consumatore al più generale contratto asimmetrico. E' la nota posizione di V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pagg. 669 ss.; sul contratto asimmetrico, in luogo di tanti, vd. anche G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, cit., 241 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 515 ss..

³⁷³ La questione così posta è evidente che non ha portata soltanto teorica. Se, infatti, si affermasse l'esistenza di un principio settoriale di trasparenza del contratto concluso dal consumatore, codesto principio potrebbe essere passibile di applicazione analogica all'interno del microsistema normativo.

In primo luogo occorre porre mente al fatto che il principio sarebbe predicato muovendo da leggi di settore, cioè da microsistemi normativi³⁷⁴, e non da norme del Codice Civile o della Costituzione. Il che dovrebbe far anche considerare che, se di principio si trattasse, sarebbe pur sempre un *principio settoriale*³⁷⁵.

Inoltre, si osserva che un principio siffatto, che impone la chiarezza e comprensibilità, potrebbe comportare una possibile linea di frattura con un principio generale: quello della libertà delle modalità espressive della volontà³⁷⁶. Ciò metterebbe l'interprete dinnanzi ad un continuo raffronto tra principi, che dovrebbe guidarlo a preferire l'uno piuttosto che l'altro. Ma è un punto condiviso in dottrina che i principi, per loro essenza, tendono a limitarsi reciprocamente³⁷⁷. Si avanza così sommessamente l'idea che il possibile conflitto tra i principi enunciati potrebbe essere letto come limitazione reciproca in ambiti settoriali differenti. Così come la legge speciale prevale su quella generale, allo stesso modo il principio settoriale prevale su quello non settoriale, ovviamente limitatamente al proprio ambito di applicazione³⁷⁸.

³⁷⁴ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, in *Dir. e soc.*, 1978, pag. 635; e poi dello stesso A., "Codici di settore": *compimento della decodificazione*, in *Dir. e soc.*, 2005, pag. 132.

³⁷⁵ Sulla figura di "principio settoriale" si sofferma anche M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Un proposta di distinzione*, in *Riv. c. dir. priv.*, 2011, pag. 367. Qui, certo, non si può sfuggire alla questione relativa all'inquadramento, in termini di teoria generale, del presunto principio settoriale. Si avanza sommessamente l'idea che i principi che prendono forma nei microsistemi siano, per lo più, norme-principio. Il che, seguendo un autorevole insegnamento, comporta l'atteggiarsi delle stesse come principi rispetto a talune norme particolari e subordinate, ma fa ritenere le stesse subordinate a norme-principio e poi a principi più ampi. Cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1953, pag. 39.

³⁷⁶ E' l'acuta osservazione di AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., pag. 166 (ivi ampi richiami). Sul principio della libertà di manifestazione della volontà cfr. P. SCHLESINGER, voce "Dichiarazione (teoria generale)", in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pagg. 371 e ss.

E' bene, tuttavia, precisare che, ristretta la nozione di trasparenza così come si è ritenuto di fare in questo lavoro, una tensione tra i due principi in discorso potrebbe darsi a patto di far dire al primo, "libertà delle modalità espressive della volontà", più di quanto in realtà sembra voler dire. Libertà di manifestazione della volontà non è infatti libertà di uso di clausole non chiare e comprensibili. Se fosse così inteso il principio urterebbe contro il dover di buona fede che sta in capo al contraente.

³⁷⁷ Sulla limitazione tra principi concorda la migliore dottrina tedesca: R. ALEX, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung*, Frankfurt a. Main, 1991, pag. 319; K. LARENZ, *Richtiges Recht*, München, 1979, pagg. 23 e ss.; entrambi richiamati da E.A. KRAMER, *Le funzioni dei principi generali del diritto: tentativo di strutturazione*, (trad. it.), in *Eur. dir. priv.*, 2001, pagg. 980 e 981.

³⁷⁸ Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione. Venti anni dopo*, Milano, 1999, pagg. 93 e ss., il quale parla di diversi nuclei di principi generali (che l'illustre A. definisce "principi generali delle norme speciali"), tra i quali «il conflitto va risolto in favore dei principi

Occorre adesso avvicinarsi di più al concetto di principio del diritto. In un noto scritto Mengoni divideva i principi in assiomatico-dogmatici (libertà di contratto, *pacta sunt servanda*, divieto di venire *contra factum proprium*, abuso del diritto, principio consensualistico etc. etc.), e semplici massime di origine retorica (*nemo plus iuris ad alium transferre potest etc.*, *nemo potest cum alterius detrimento locupletari etc.*). I primi sono stati definiti come «autonomi *principia demonstrandi*, premesse maggiori di deduzione, nella forma del sillogismo apodittico, di regole di decisione nell'ambito di categorie più o meno ampie di fattispecie»; i secondi fornirebbero «punti di vista, basi di partenza per argomentazioni del giudice nelle forme dialettiche della logica preferenziale»³⁷⁹.

Ora, a voler dire che la trasparenza del contratto costituisce un principio, bisognerebbe evidentemente collocarla all'interno del primo gruppo; si tratterebbe cioè di un principio assiomatico dogmatico.

Dopodiché si danno due percorsi argomentativi, che corroborano la tesi che esista il principio di trasparenza all'interno del microsistema consumeristico.

Un primo è quello di ricavare dalla serie di norme scritte induttivamente un c.d. *principio comune*³⁸⁰. Il che richiede una concettualizzazione generalizzante che muove dall'ampio spettro di disposizioni prese in esame per definire il principio astratto³⁸¹. In linea di

generali, che, con riguardo a date materie, traducono indicazioni della Carta costituzionale, cioè di norme poste al vertice della gerarchia delle fonti. In assenza di questo, può soccorrere il *criterio della residualità*, nel senso di preferire i principi generali, desunti da norme speciali che hanno la più ampia misura di applicazione, e di subordinare i principi valevoli per le ipotesi residue».

³⁷⁹ L. MENGONI, *Spunti per una teoria sulle clausole generali*, in *Riv. c. dir. priv.*, 1986, pag. 10, il quale, è opportuno precisare, tiene ben distinte le clausole generali dai principi generali, in quanto le prime non hanno né natura deduttiva né di argomentazione, bensì impartiscono al giudice una misura per la decisione del caso concreto. Talvolta questa distinzione è dimenticata nei contributi della nostra dottrina e ancor più in giurisprudenza. Emblematiche al riguardo Cass., Ss. UU., 18 settembre 2009, n. 20106, che definiscono la buona fede prima “clausola generale” e subito appresso “principio generale”.

³⁸⁰ Così almeno se si accetta di seguire la scelta onomastica tracciata da A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, pag. 457, che distingue tra “principi comuni”, “principi fondamentali” e “principi transnazionali”.

³⁸¹ Cfr. V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, I, pagg. 193 e ss.; N. BOBBIO, voce “*Principi generali del diritto*”, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pag. 887; A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, cit., ivi; E.A. KRAMER, *Le funzioni dei principi generali del diritto*, cit., ivi. E' nota tuttavia la posizione di E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, pagg. 217 e ss., per i quali i principi non si possono ricavare da singole norme di diritto ma costituiscono piuttosto orientamenti e ideali di politica legislativa.

massima può dirsi che questo metodo paga sempre un certo grado di discrezionalità dell'interprete nel compiere l'astrazione. A cercare però il tratto comune delle disposizioni s'intuisce che esso sta nella "chiarezza e comprensibilità" dei segni consegnati dal professionista al consumatore (cliente, investitore ecc.) al fine di concludere un contratto. Ove il soggetto destinatario del messaggio sembra assumere rilevanza non tanto per la sua qualificazione soggettiva, quanto per il fatto che compie un atto che non è della sua professione, per il quale si presume non preparato.

Il secondo percorso è di ritenere che il principio sia espresso in termini più generali altrove (si tratterebbe cioè, per dirla con la già richiamata dottrina, di un "principio fondamentale"³⁸²). Ed in effetti sembrerebbe essere un principio fondamentale di settore quello espresso all'art. 2, lett. e, cod. cons., di "trasparenza... nei rapporti contrattuali". Ciò non solo per la collocazione della disposizione ad apertura del codice di settore ma anche perché il legislatore parla esplicitamente nel corpo della disposizione di "diritti fondamentali". Vien d'uopo, tuttavia, notare che il diritto alla trasparenza è enunciato qui con criteri piuttosto vaghi e non è passibile di autonoma applicazione. E' appena il caso di rilevare infatti la maggior ampiezza della locuzione "rapporti contrattuali" rispetto a quella di contratto, da noi inteso fin qui semplicemente quale testo³⁸³.

Se è vero quanto fin qui detto, deve anche essere notato che, nel momento stesso in cui la "trasparenza del contratto" diventa un principio settoriale, cessa di essere un valore-mezzo per diventare un valore-fine³⁸⁴, in altre parole si trasforma da "via da seguire" a "meta da raggiungere"³⁸⁵. Questa sarebbe un'inversione di prospettiva rispetto alla concezione della regola che solitamente si è avuta.

³⁸² A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, cit., ivi.

³⁸³ Sui diversi significati di contratto vd. P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pagg. 1345 ss..

³⁸⁴ E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, cit., pag. 982, avverte il passaggio della trasparenza da valore-mezzo a valore-fine, tuttavia, ritiene che la stessa sia una clausola generale. Quest'ultima considerazione non sembra del tutto condivisibile, non fosse altro perché, almeno nell'impostazione da noi seguita, quella di Mengoni, le clausole generali sono prive di un proprio ambito applicativo, in quanto non descrivono una fattispecie. E' sembrato al contrario con il presente lavoro di scorgere un ambito operativo autonomo della regola di trasparenza.

³⁸⁵ Sulle "luci di ricerca" nel diritto si sofferma J.P. DAWSON, *The general clauses, viewed from a distance*, in *Rabels Zeitschrift*, 1977, pag. 442.

5. Applicazione analogica del ricavato principio di trasparenza del contratto del consumatore ai contratti tra professionisti?

Dedotta l'esistenza del principio di trasparenza del contratto concluso dal consumatore, occorre porre mente alla possibile estensione analogica dello stesso ad altri settori dell'ordinamento, non strettamente riconducibili ai rapporti che corrono tra un professionista ed un consumatore³⁸⁶.

Il problema si pone quando una norma analoga a quella discussa in queste pagine non sia prevista da una precisa disposizione contenuta in una parte dell'ordinamento, pur sussistendo, per i casi da detta parte dell'ordinamento regolati, elementi di somiglianza con i casi che invece trovano esplicita "copertura" normativa. L'interprete sarebbe in questi casi chiamato a ricorrere agli strumenti di auto-integrazione del sistema, in particolare all'*analogia legis* (e poi anche all'*analogia iuris*), al fine di trovare quella somiglianza rilevante che gli permetterebbe di trascorrere da microsistema a microsistema, da caso non regolato a caso regolato³⁸⁷. Si tratterebbe, in altre parole, di rinvenire tra due casi elementi comuni che permettano di risolverli allo stesso modo, secondo quanto previsto dall'art. 12 cpv. d. prel. E' l'*eadem ratio* relativa a due casi, l'uno regolato e l'altro no, che permette di predicare la lacuna e la necessità di colmarla mercé il ricorso all'*analogia*³⁸⁸.

Il problema che sembra emergere per importanza è, una volta dimostrata l'esistenza di un principio di trasparenza relativo al contratto

³⁸⁶ I termini del ragionamento son ben lumeggiati in F. ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obb. e contr.*, 2007, il quale, a proposito del codice del consumo, nota: «se infatti il nuovo testo normativo si pone come un centro autonomo di norme, esso è in grado di generare, attraverso il procedimento analogico, regole idonee a colmare le eventuali lacune determinate da un'applicazione letterale del suo stesso dettato. Solo se anche questo metodo si rivelerà inadeguato a superare la lacuna, avrà senso richiamare il codice civile» (pag. 882).

³⁸⁷ N. IRTI, *L'età della decodificazione. Venti anni dopo*, cit., pag. 125, il quale nota l'esistenza di microsistemi «che, sotto questo profilo, appaiono *intercomunicanti* ed aperti l'uno verso l'altro».

³⁸⁸ Sul punto N. BOBBIO, voce "*Analogia*", in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, pag. 603. Sempre sull'*analogia* sono scritti di riferimento, tra tanti, M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, pagg. 516 – 550; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949; L. CAIANI, voce "*Analogia (teoria generale)*", in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pagg. 348 e ss.

concluso dal consumatore con il professionista, quello di capire se codesta regola possa trovare estensione anche ai rapporti tra professionisti c.d. *Business to business* (“B2B”)³⁸⁹.

Il riferimento è in particolare a quell’orientamento che nota essere gli interventi di *market regulation* rivolti per la maggior parte alla protezione dei consumatori ma, in parte consistente, anche alla protezione delle imprese che si trovano in posizioni di asimmetria informativa rispetto ad altre imprese dominanti³⁹⁰. Il che porterebbe a spostare l’oggetto di tutela dal consumatore ad una, più generica, parte strutturalmente dipendente rispetto ad una parte strutturalmente dominante³⁹¹. L’enunciata posizione rinviene il *discrimen* tra parte debole e parte forte del contratto nelle “asimmetrie informative fisiologiche”, cioè quelle che derivano dalle “obiettive posizioni di mercato”³⁹². Il che, si ritiene sommessamente, se, da un lato, ha il merito di descrivere una tendenza e servire da invito per un tentativo di semplificazione di un quadro obiettivamente frammentato, non ha, d’altro lato, il pregio di identificare con precisione presupposti ed effetti

³⁸⁹ Per un’ampia indagine sui contratti tra imprese e sulle problematiche sottese si veda, in luogo di tanti, V. BUONOCORE, *Contrattazione di impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000.

³⁹⁰ Recentemente, con alcuni rilievi d’indole comparatistica, il tema è stato affrontato da A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, pagg. 669 e ss., il quale giunge a ritenere che l’assenza di una finalità di consumo spiega la diversa rilevanza che assumono le asimmetrie informative nei rapporti tra professionisti (pag. 684).

³⁹¹ E’ la nota tesi di V. ROPPO, da ultimo compiutamente esposta, seppur con tono più dubitativo nella parte conclusiva del saggio, in *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, pagg. 19 e ss., il quale paventa il farsi di una categoria dei contratti asimmetrici. Tra questi rientrerebbero non solo quelli del consumatore ma anche quelli del professionista strutturalmente debole. Cfr. dello stesso A., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, pagg. 267 e ss.

³⁹² V. ROPPO, *Regolazione del mercato ecc.*, cit., pag. 31. Vien fatto di notare che la locuzione “obiettive posizioni di mercato” poco dice circa la divisa teorica del contratto asimmetrico. Sicché l’A. sembra talvolta considerare contraente debole il soggetto che riceve la prestazione caratteristica (per modo di es. il *Franchisee*), per definizione meno informato, talaltra, il soggetto che invece ha i requisiti dimensionali della piccola media impresa.

Distingue le PMI dalle “altre imprese”, sostanzialmente equiparando le prime ai consumatori, la proposta di regolamento europeo sulla vendita di cui COM, 636, 11 ottobre 2011. Sul punto in dottrina cfr. G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l’impresa debole*, in *Contr. e imp.*, 2012, pagg. 1191 e ss. (in particolare pagg. 1206 – 1208).

per l'operare di parti di disciplina. Con il rischio, affatto remoto, che si faccia dell'imprenditore debole un consumatore e viceversa³⁹³.

Sembra piuttosto vero che l'area dei contratti tra imprenditori rimanga circoscritta in propri e diversi spazi, rispetto a quelli occupati dal consumatore³⁹⁴, e un ruolo di sicura differenziazione tra contraenti professionisti è dato dalla dipendenza economica piuttosto che dalle asimmetrie informative-cognitive³⁹⁵.

Queste pur brevi premesse, servono a notare che lo spazio per un'interpretazione analogica della regola di trasparenza nei contratti del consumatore è assai ristretto. Tuttavia, predicare la comunicazione di diversi ambiti di disciplina, che condividono alcuni tratti caratterizzanti, non è un'operazione inutile³⁹⁶. Lo strumento che pare idoneo a impostare il ragionamento nei prospettati termini è quello dell'analogia *legis*³⁹⁷.

Si è detto in precedenza che la *ratio* della disposizione sulla trasparenza sembra riposare sulla necessità di tutelare una parte che ha un deficit cognitivo strutturale rispetto all'altra. In particolare si è pensato di poter cogliere la giustificazione di siffatta previsione nel fatto che i soggetti, che scambiano i segni, agiscano, l'uno compiendo un atto della professione e, l'altro, un atto estraneo alla professione. Cosa succede nel caso in cui un soggetto, che pure non abbia la qualifica di consumatore, ad esempio perché

³⁹³ Per alcuni rilievi sul punto si rimanda a A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico* ecc., cit., pagg. 536 e ss.; A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, Milano, 2006, pagg. 95 e ss.

³⁹⁴ Per tutti i rilievi sul punto si rimanda diffusamente a G. GITTI - G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008. Sul differente *rationale* tra i due ambiti, da ultimo, R. PARDOLESI, *Clausole abusive nei contratti dei consumatori. E oltre?*, in *For. it.*, 2014, cc., 17 e 18.

Né può ipotizzarsi un'interpretazione estensiva delle norme dettate per il consumatore rispetto all'impresa. La nozione di consumatore di cui all'art. 3 cod. cons. esclude infatti esplicitamente l'imprenditore, in quanto soggetto che agisce nell'ambito della sua attività professionale. Sicché non rimane che vagliare la possibile applicazione analogica di alcune disposizioni (cfr. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., pag. 33).

³⁹⁵ In luogo di tanti si vedano E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2008, pagg. 10 e ss.; F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, pagg. 311 e ss.; F. ADDIS, *«Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole*, cit., pag. 12.

³⁹⁶ S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, pagg. 601 e ss.

³⁹⁷ Così G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2011, pag. 87, il quale, tuttavia, nega che la disciplina di settore esprima principi generali e, di conseguenza, la possibilità di applicare l'analogia *iuris*. Cfr. anche le meditate osservazioni dello stesso A., *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, pagg. 751 e ss., ove l'A. precisa che «le discipline speciali per assumere valore generale debbono imporsi nel sistema generale attraverso una osmosi che deve essere attentamente verificata attraverso le «strutture dogmatiche del discorso giuridico»».

abbia la veste di persona giuridica, compia un atto che non sia strettamente della sua professione³⁹⁸? Non pare azzardato ritenere che casi limite come questi potrebbero essere risolti usando la disposizione prevista per il caso simile, mercé l'impiego dell'analogia *legis*. Il che porterebbe l'interprete a ritenere operante il principio di chiarezza e comprensibilità della clausola proposta dal soggetto che agisce nell'ambito della sua professione anche quando gli stia davanti un professionista che agisca al di fuori della sua professione e, dunque, non solo quando gli stia davanti un consumatore³⁹⁹.

Come è stato opportunamente notato, la trasposizione di regole fra diritti speciali deve, tuttavia, passare anche da una verifica di adeguatezza sulla base del diritto generale⁴⁰⁰. Il che, nel caso di specie, non sembra costituire un ostacolo all'operare dell'analogia. In definitiva, si è visto, che la trasparenza, nell'accezione intesa in queste pagine, è una specificazione della buona fede di cui all'art. 1337 c.c. Il che deve far ritenere pienamente conforme al diritto generale l'estensione analogica della stessa, anche in taluni casi non strettamente connessi alla figura del consumatore⁴⁰¹.

6. Verso il *rating*, il *labeling* ed il *warning box* delle clausole

La strada intrapresa in sede europea negli ultimi anni, fatta propria dal legislatore italiano, è stata dunque con tutta evidenza quella di regolare il mercato dei consumi⁴⁰². La volontà di colmare le asimmetrie tra i soggetti

³⁹⁸ L'esempio che si può prendere è quello della piccola società di distribuzione che concluda un contratto per la fornitura di gas al fine di scaldare i propri locali. La società non può certamente essere considerata, a mente dell'art. 3 cod. cons., consumatore. E' tuttavia evidente che essa non avrà nessuna competenza a cogliere i contenuti della proposta contrattuale pervenuta dal fornitore di gas.

³⁹⁹ Il che porterebbe per via analogica ad estendere la tutela del consumatore senza dilatarne la nozione. Un tentativo di dilatare la nozione di consumatore parrebbe infatti urtare contro i dati letterali contenuti nel codice del consumo, segnatamente contro l'art. 3. L'orientamento che incentra la distinzione tra atti della professione e atti relativi alla professione, è servito proprio ad estendere la disciplina protettiva ai casi in cui un imprenditore o un professionista ponessero in essere atti strumentali all'esercizio della professione, ma che della stessa non fossero diretta espressione.

⁴⁰⁰ E' l'osservazione condivisibile di G. VETTORI, *Il diritto dei contratti ecc.*, cit., pag. 771.

⁴⁰¹ Parole illuminanti si rinvencono in F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2012, pagg. 16 e 17, il quale sottolinea che le categorie del consumatore e del professionista rilevano in quanto indici di frequenza statistica di certi fenomeni (le asimmetrie informative) e, lascia intendere, nulla vieta equiparazioni, al ricorrere di talune condizioni, tra piccole imprese e i consumatori.

⁴⁰² Il mercato consumeristico è certamente quello più sensibile nell'epoca della globalizzazione. Cfr. A.A. LEFF, *Uncoscionability and the crowd-consumers and the*

ha determinato un nuovo modo di intendere il contratto: non più strumento col quale parti uguali compongono liberamente i propri interessi, bensì strumento per favorire nuovi scambi tra persone consapevoli. E' la logica del profitto che chiede l'efficienza del contratto e spinge verso nuovi strumenti di protezione di parti presunte deboli⁴⁰³. In questo ambito la trasparenza ha certamente assunto un ruolo di primaria importanza⁴⁰⁴.

Nata soprattutto come mezzo per favorire la trasparenza del mercato, la trasparenza contrattuale sembra elevarsi nel quadro legislativo attuale a fine autonomo.

Nell'ambito della ricerca si è cercato di individuare il perimetro della regola di trasparenza, di definirne lo statuto giuridico e capire l'emersione di essa nelle discipline di settore.

In più luoghi si è affermato che la trasparenza va distinta dall'informazione: la prima attiene alla qualità del messaggio, la seconda al messaggio stesso che deve essere trasmesso. Non può tuttavia negarsi che l'informazione (in particolare la c.d. "ultra-informazione") può finire per influenzare anche la trasparenza, intesa come intellegibilità del contratto nel suo insieme. Le clausole, ancorché redatte singolarmente in modo chiaro e

common law tradition, in 31 *U. Pitt. L. Rev.*, 1969-70, p. 351, il quale nota: «*no market is perfect, but the consumer market may be more imperfect than others*».

⁴⁰³ Cfr. al riguardo le parole di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, pag. 100: «la tutela dell'interesse generale diventa una componente del profitto, e si protegge il consumatore per vendere di più...».

In linea teorica la logica di profitto può essere seguita mediante la regolazione del mercato, oppure, lasciando lo stesso al suo libero gioco. La prima scelta tende oggi a prevalere in materia contrattuale, dal momento che si è constatato che, nel libero gioco del mercato: i) permangono poteri monopolisti o oligopolisti; ii) non si forma la necessaria informazione della quale pure il mercato ha bisogno; iii) operano principalmente soggetti, i consumatori, privi del necessario *expertise*. La scelta regolatoria ed il dibattito teorico al riguardo prendono le mosse negli USA della prima metà del '900 relativamente agli *Standard form contracts*. Vd. L.A. BEBCHUK - R.A. POSNER, *One sided contracts in competitive consumer markets*, in *Michigan Law Review*, 2006, pp. 827 ss..

⁴⁰⁴ Al contrario di quanto avvenuto in Europa, il problema della trasparenza del contratto concluso dal consumatore non è affrontato in modo concettualmente organico negli Stati Uniti. Eppure, la tutela del contraente, al quale non è dato di conoscere effettivamente le condizioni contrattuali, ha sempre suscitato vivo interesse anche oltreoceano. Il liberismo economico, e la conseguente centralità del ruolo del contratto, hanno dunque ivi condotto ad un'anticipata meditazione sul fenomeno della contrattazione standardizzata. Una risalente opinione aveva già evidenziato che il contratto standard è il mezzo col quale una parte fa valere la propria forza nei confronti di un'altra. L'uso di questo strumento rivendica la protezione di un contraente debole e crea di per sé uno *status* (cfr. N. ISAACS, *The standardization of contracts*, in 27 *Yale L. J.*, 1917, p. 34).

comprensibile, se eccessive, mal collegate ecc., finiscono per rendere il contratto nella sua interezza non trasparente. Questo pericolo aumenta esponenzialmente nei contratti standardizzati. Di tutto ciò pare che il legislatore europeo, e di conseguenza quello nazionale, abbiano scarsa contezza. L'approccio normativo alla materia segue una linea logica evidente: dare al consumatore più informazioni possibili con modalità grafiche e contenuti sintattici facilmente comprensibili. Tanto basterebbe a riequilibrare un'asimmetria strutturale tra le parti che concludono un affare e a far liberamente spiegare la reciproca autonomia contrattuale.

Sul finire del secolo scorso, tuttavia, è emerso nella letteratura statunitense un diffuso scetticismo circa la possibilità per il consumatore di leggere e comprendere le clausole⁴⁰⁵. Da taluni è stata definita una

⁴⁰⁵ Cfr., per tutti, M.A. EISEMBERG, *The limits of cognition and the limits of contract*, in 47 *Stan. L. Rev.*, 1995, pp. 211 ss. (ivi ampi richiami).

Prima di questo orientamento, il problema preso in analisi dalla dottrina statunitense si concentrava sull'*assent* (il consenso) nel caso in cui i contratti prevedessero condizioni standard ed il consumatore evidentemente non fosse in grado di comprenderne la portata.

Una prima risposta al problema fu data dalla c.d. *teoria della presumption*: indipendentemente dal fatto che le parti leggano o meno, si può presumere che l'abbiano fatto. Williston sosteneva che è presumibile che la parte, dinnanzi ad un contratto standard, abbia letto le clausole. La presunzione si ricava dall'esistenza di un obbligo di leggere che incombe sulla parte. (cfr. S. WILLISTON, *A treatise on the law of contracts*, Baker, 1959, p.1580).

Chiaramente questa tesi si basa su una finzione, la presunzione di lettura, che non trova riscontro nella pratica. Alcune critiche hanno anche evidenziato lo scarso rapporto costi-benefici: se, infatti, imporre la lettura di una clausola può essere ragionevole ove la stessa sia redatta in forma breve, chiara ed abbia un contenuto importante, lo stesso non può dirsi ove la clausola abbia importanza residuale e sia di difficile comprensione per l'aderente. Per quanto appena detto, la teoria che fa leva sulla c.d. *presumption* ha avuto scarso seguito in dottrina e giurisprudenza.

Una diversa ricostruzione, che fa capo a Llewellyn, ha dato risalto al c.d. *implied assent*. Seguendo codesta linea di pensiero una parte, nel momento in cui decide di non leggere, presterebbe implicitamente il proprio consenso alle clausole contenute nella proposta. In questo modo non vi sarebbe una restrizione dell'autonomia del contraente, il quale deliberatamente sceglierebbe di non leggere le clausole (Cfr. K.N. LLEWELLYN, *The Common law tradition: deciding appeals*, Little, Brown & Company, 1960, p. 369).

Si è opposto a siffatta opinione che il miglior modo per tutelare l'autonomia del contraente è quello di garantire una scelta informata. E' l'informazione la condizione necessaria per l'esercizio del potere contrattuale. Una decisione contrattuale non potrebbe compiersi là dove detta informazione manchi o non sia effettiva. Predicare che la rinuncia a ricevere l'informazione comporta un'implicita accettazione delle condizioni, sarebbe non solo una forzatura logica ma anche un pericolo per il contraente debole. L'informazione diventerebbe un "rituale passivo" per il contraente debole ed una potente arma per il proponente, il che sarebbe un vero e proprio paradosso.

Partendo dai contratti di assicurazione, ove è frequente che siano contenute clausole difficilmente conoscibili all'aderente, ha poi preso forma la teoria delle c.d. *reasonable expectations* (D. SLAWSON, *Standard form contracts and the democratic control of lawmaking power*, in 84 *Harv. L. Rev.*, 1971, pp. 540 ss.). In particolare, se una clausola manca di chiarezza e comprensibilità e, dunque, è difficile da leggere, non v'è la presunzione che essa sia letta, né si presume un consenso implicito alla stessa, ma, codesta

situazione surreale quella in cui il consumatore, prima di concludere lo scambio, decidesse di leggere e capire tutte le condizioni generali di contratto⁴⁰⁶. Una recente ricerca, condotta attraverso un monitoraggio degli acquisti compiuti tramite software, ha mostrato che la c.d. *informed minority*, cioè la minoranza composta da coloro che concludono acquisti leggendo tutte le condizioni generali di contratto, rappresenta un millesimo (per essere più precisi lo 0,13/100) del totale degli acquirenti⁴⁰⁷.

clausola, assume il significato che ragionevolmente il non lettore avrebbe potuto attribuirle. Il principio, che ha trovato consacrazione nel “Restatement (second) of contracts” al § 211, porta ad escludere dal contenuto di un contratto di assicurazione quelle clausole che, poiché ad esempio redatte in modo non leggibile, l’assicuratore può ragionevolmente aspettarsi che non trovino il consenso dell’aderente.

Secondo Slawson si sarebbe così andati verso un nuovo significato del contratto standard, ove il giudice sarebbe stato semplicemente chiamato ad accertare cosa le parti avrebbero potuto ragionevolmente aspettarsi. Insomma, questa opinione riteneva che si sarebbe giunti oltre l’applicazione del principio alla sola materia assicurativa e un “second level of expectations” avrebbe trovato spazio in tutti i contratti standard che avevano come parte un consumatore (D. SLAWSON, *The new meaning of contract: the transformation of contracts law by standard forms*, in 46 *U. Pitt. L. Rev.*, 1984-85, pp. 21 ss.).

Di certo non si può dubitare che la teoria in rassegna porti ad un’eccessiva svalutazione dei segni scritti contenuti nelle clausole: l’obbligazione troverebbe la sua fonte, in forza di un non meglio specificato principio di ragionevolezza, nel contesto. Per questa ragione la teoria delle c.d. *reasonable expectations* in definitiva non è mai stata portata al di fuori del campo di applicazione suo proprio, quello, si diceva, dei contratti di assicurazione.

Le tre ricostruzioni fin qui esposte (*presumption*, *implied assent*, *reasonable expectations*) sembrano esprimere diverse concezioni della materia contrattuale. Pare di cogliere, sotto mentite spoglie, l’antico dibattito che si svolse in Europa, riguardo alla teoria generale del negozio giuridico, tra i cc.dd. dichiarazionisti e i cc.dd. volantaristi.

Ad ogni modo, tra le due soluzioni opposte, che costituiscono i poli estremi del dibattito americano, quella della *presumption* e quella della *reasonable expectations*, ha finito per emergere una tesi intermedia: la c.d. *unconscionability doctrine*.

La “*doctrine of unconscionability*” è un rimedio di *equity* contro le forme di squilibrio del potere contrattuale, espressamente codificato nel § 2-302 dello *Uniform Commercial Code* (Una analisi approfondita è in J.E. MURRAY, *Unconscionability: Unconscionability*, in 31 *U. Pitt. L. Rev.*, 1969-1970, pp. 1 ss.). Essa consiste nell’espulsione dal regolamento contrattuale di quelle clausole che l’aderente non avrebbe potuto conoscere, ad esempio perché non chiare o incomprensibili. Il giudice, chiamato a disapplicare queste clausole, ne valuta la conoscibilità da parte del consumatore medio. Nel caso in cui ritenga che queste clausole siano inconoscibili, le disapplica. Le altre clausole, indipendentemente dal fatto che siano o meno lette, trovano normale applicazione e formano il regolamento contrattuale.

Anche questa tesi finisce per partire dalla possibilità di lettura da parte del contraente, non fermandosi però ad essa. E’ infatti garantita anche la possibilità di comprendere il contenuto della clausola per la parte debole. Non basterebbe, dunque, la possibilità di leggere le condizioni affinché queste siano valide. Le condizioni contrattuali oltre a poter essere lette dovrebbe poter essere conoscibili, altrimenti non fanno parte del contratto.

Così si giunge ad un affinamento della teoria della c.d. *presumption*: non tutto può presumersi letto dal consumatore, in particolare non possono presumersi lette le clausole non comprensibili.

⁴⁰⁶ O. BEN.SHAHAR, *The Myth of the “opportunity to read”* ecc., cit., p. 14.

⁴⁰⁷ L’indagine alla quale alludo è svolta da Y. BAKOS, F. MAROTTA-WUGLER, D.R. TROSSEN, *Does anyone read the fine print? Testing a law and economics approach to standard form contracts*, paper Universidad Torcuato Di Tella, presentato il 30 settembre 2011.

Seguendo questa linea di pensiero, anche il rarissimo esemplare di consumatore attento troverebbe difficoltà nel tentativo di comprendere davvero le clausole contrattuali. Prima di tutto, si osserva che anche le clausole redatte in modo trasparente dovrebbero contenere un certo uso di *vocaboli tecnici*, che ne ostacolerebbero la comprensione da parte di un contraente con un grado medio di alfabetizzazione. Si prende l'esempio dell'*eBay's user agreement*, come contratto estremamente chiaro. Invero, anche in questo, le uniche clausole davvero semplici da comprendere sono quelle che il consumatore conosce a priori, senza bisogno di leggerle. Così, per modo d'esempio, tutti hanno idea del servizio offerto da eBay, senza bisogno di leggere la relativa clausola. Più difficile è la comprensione di clausole specifiche come quelle sul recesso, le *royalties* ecc. Anche in questo caso accade che il consumatore accetta le clausole senza leggerle e capirle; stringe un accordo del quale non conosce bene le condizioni.

Ma il limite per la comprensione delle clausole non è soltanto di tipo linguistico. E' stato rilevato che esiste anche un *problema di tempo* per giungere all'accordo: il consumatore tende a concludere il contratto in breve tempo⁴⁰⁸. Quello scrupoloso, che volesse leggere tutte le clausole, dovrebbe non solo avere una buona conoscenza dei vocaboli e del loro significato tecnico, ma anche una non indifferente quantità di tempo a disposizione.

Questo comporta che bisogna aver riguardo non solo alla chiarezza e alla comprensibilità (intese in senso assoluto) di quanto all'interno di un testo *standard* è riportato, ma anche, e non è poco, alla scarsa inclinazione del contraente a impiegare troppo tempo nella lettura delle clausole.

Certo, non è revocabile in dubbio che l'ideale di clausole redatte in modo più *comprensibile* possibile e la disponibilità di un *lungo tempo* per assumere la decisione di aderire o meno, sarebbero le condizioni ideali per il pieno svolgersi dell'autonomia consapevole del consumatore. Tuttavia, una prospettiva di questo tipo pare poco aderente al dato offerto dalla realtà. L'aderente, posto dinnanzi a testi troppo lunghi, tende a concludere il contratto, se si passa l'espressione, ad occhi semi-bendati. La decisione più

⁴⁰⁸ O. BEN.SHAHAR, *The Myth of the "opportunity to read"* ecc., cit., p. 16.

semplice per il consumatore, per paradossale che possa apparire, è quella di non conoscere le condizioni contrattuali. Sicché la chiarezza e comprensibilità delle clausole, se mal intese, cioè se esasperate con prolisse spiegazioni di pagine e pagine di contratto, potrebbero ritorcersi contro il consumatore. La trasparenza non va dunque fraintesa: chiarezza e comprensibilità sono concetti che si prestano ad un abuso se non tengono conto della brevità con cui le condizioni devono essere messe per iscritto. Emerge una reciproca interferenza tra il problema della chiarezza e della comprensibilità e quello del tempo che il consumatore è disposto a spendere per leggere le clausole.

Obbediscono dunque alla *ratio* della trasparenza accorgimenti come quelli di mettere i titoli alle clausole, fare dei sommari delle stesse ecc. Per facilitare la comprensione delle clausole da parte del consumatore si è dunque pensato da alcuni all'utilizzo del *rating of contracts* e del *labeling*⁴⁰⁹.

Quando un contraente ha davanti delle condizioni generali, egli valuta la loro convenienza in modo semplice là dove un confronto o una misura tra le condizioni stesse sia facile. E' agevole per il contraente valutare la convenienza della clausola che fissa il prezzo di un bene o servizio. Nella clausola sul prezzo c'è una precisa quantificazione che è evidente all'occhio del consumatore.

Ma le altre clausole rimangono per il contraente debole quasi mute: poco dicono circa la loro convenienza⁴¹⁰. Si è così avanzata l'idea di mettere un *rating* alle varie clausole. La fissazione di un parametro servirebbe a dare al consumatore un'immediata idea del tipo di clausola che ha davanti, cosicché possa egli valutare se leggere o meno, e con quale grado di attenzione, la clausola. Si tratterebbe di fare con le clausole contrattuali quello che già avviene in altri luoghi. Si pensi al mondo dell'internet e alle continue offerte di alloggi, ristoranti, prodotti, cui si accompagna un voto.

⁴⁰⁹ O. BEN.SHAHAR, *The Myth of the "opportunity to read" ecc.*, cit., p. 26.

⁴¹⁰ Per un'ampia riflessione sulla valutazione delle clausole da parte dell'aderente v. T.D. RAKOFF, *Contracts of adhesion: an essay in reconstruction*, in 96 *Harv. L. Rev.*, 1982-1983, pp. 1173 ss.

E' stato evidenziato che le condizioni generali sono l'altra faccia della medaglia della produzione di massa, e che, proprio come un normale prodotto, possono essere valutate e votate⁴¹¹. Il che vale quanto dire che quando si conclude un contratto non si paga soltanto la qualità del prodotto o del servizio ma, in un certo senso, anche quella delle condizioni generali del contratto. Dacché si potrebbero creare diversi *ranking* delle clausole: uno che fissi la rispondenza astratta ai requisiti di legge, un altro che attesti l'esperienza in concreto avuta dai consumatori ecc.

D'altro canto, si è avanzata la persuasiva idea di un *labeling* delle clausole⁴¹². Nelle condizioni generali di contratto c'è un flusso notevole di informazioni. Si pensi ad una clausola sulla garanzia, codesta contiene lo scopo, la durata, le esclusioni ecc. Un regime di etichettatura delle clausole, se condotto in modo rigoroso e stringente, può portare ad una sommaria enunciazione delle principali informazioni in esse contenute.

Così come avviene per l'etichettatura di alcuni prodotti alimentari, si può pensare ad un *format* unico per l'etichettatura delle clausole. Anche l'ordine con il quale le clausole vengono poste potrebbe essere fissato in modo standardizzato.

Il controllo sulle clausole andrebbe poi svolto *ex ante* ed *ex post*: da una lato, potrebbero essere la legge, le *authorities* preposte o le associazioni dei consumatori ad accertare il *labeling*; dall'altro gli stessi consumatori e, infine, il giudice.

Da ultimo, è stata autorevolmente avanzata una proposta che ritiene superflui gli accorgimenti di sostanza e di forma volti a far comprendere al lettore il significato del testo, mercé la consegna di sovrabbondante materiale segnico⁴¹³. L'opinione in rassegna, attraverso uno studio empirico,

⁴¹¹ A.A. LEFF, *Contract as thing*, in 19 *Am. U. L. Rev.*, 1976, pp. 144 ss.

⁴¹² E' appena il caso di notare che il *labeling* non è il semplice titolo della clausola. Il primo dovrebbe infatti contenere in modo estremamente sintetico tutte le condizioni contenute nella clausola.

⁴¹³ Così I. AYRES – A. SCHWARTZ, *The no-reading problem in consumer contract law*, in 66 *Stan. L. Rev.*, 2014, pagg. 545 e ss. L'indagine degli autori muove da dati statistici per dimostrare che i consumatori non leggono le condizioni di contratto, avendo bensì una conoscenza di esse acquisita *aliunde*. La divisa teorica della citata ricerca comporta invero, nelle sue estreme conseguenze, un allontanamento dal testo del contratto, là dove assume

giunge infatti alla conclusione che il consumatore non è leggendo che conosce le condizioni contrattuali, bensì attraverso altri e diversi canali (per modo d'esempio il passaparola ecc.). Ed allora il testo contrattuale, per tutelare adeguatamente la parte debole del rapporto contrattuale, dovrà porre in evidenza in una *warning box* tutte quelle clausole particolarmente gravose per il consumatore e che egli non si aspetta. Sarebbe poi opportuno rimettere la scelta delle clausole da inserire in questi *box* informativi, ad opinione dei citati studiosi, ad una commissione esperta in materia di commercio come, nel caso di specie, la *Federal Trade Commission*.

Un accorgimento di questo tipo potrebbe ritenersi conforme al principio di trasparenza, se ben inteso. Comporterebbe infatti la maggior chiarezza e comprensibilità del contratto l'inserimento delle clausole più gravose per il consumatore in un riquadro informativo che preceda il testo contrattuale.

Per quanto fin qui detto, la trasparenza del contratto del consumatore, lungi dal fermarsi alla sola enunciazione di clausole con valori sintattici e semantici idonei alla comprensione da parte del contraente presunto debole, passerà, o almeno così è da auspicare, nei futuri atti legislativi, amministrativi e nella giurisprudenza delle corti, con ogni probabilità, anche attraverso accorgimenti redazionali come quelli del *rating*, dell'etichettatura e dei riquadri informativi delle clausole. Di ciò, tuttavia, si diceva sembra non esserci ad oggi piena consapevolezza nel quadro legislativo e nella prassi applicativa dei paesi dell'Unione Europea⁴¹⁴.

importanza fondamentale non quello che il consumatore avrebbe dovuto conoscere perché scritto ma quello che egli avrebbe dovuto conoscere perché noto alla maggioranza dei consumatori. In base a questo criterio si dovrebbero individuare quelle clausole che, non attese dalla maggioranza dei consumatori, andrebbero inserite nei *box* informativi (pagg. 605 e 606).

⁴¹⁴ Sebbene altro sia l'etichetta dei prodotti, altro l'etichetta delle clausole, in entrambi i casi si tratta di regole di tutela e semplificazione del processo cognitivo del consumatore. In materia alimentare è nota la proposta avanzata nel corso della redazione del Regolamento UE n. 1169/2011 di apporre sui prodotti il semaforo alimentare, utile ad individuare i valori nutrizionali dei prodotti stessi. Rimane da vedere se ciò che si cerca di fare oggi (invano) per gli alimenti sarà fatto in futuro per tutte le clausole contrattuali. Per una introduzione all'argomento, si rinvia a L. COSTATO, *Etichette dei prodotti alimentari: il Parlamento europeo respinge il semaforo*, in *Rivista diritto alimentare*, 2010, pagg. 1 e ss.

Bibliografia

- AA. VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, Torino, 2006.
- ADDIS F., *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obb. e contr.*, 2007.
- ADDIS F., *Diritto comunitario e “riconcettualizzazione” del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obb. e contr.*, 2009.
- ADDIS F., *«Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole*, in *Obb. e contr.*, 2012.
- AKERLOF G., *The market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly of Economics*, vol. 84, 3, 1970.
- ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.
- ALBANESE A., *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012.
- ALBANESE A., *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2013.
- ALBISINNI F., *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2012.
- ALBISINNI F., *Prodotti alimentari o agroalimentari? Il TAR del Lazio, giudice del mercato e law maker, smentisce MIPAAF e l'AGCM*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2013.
- ALEX Y R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung*, Frankfurt a. Main, 1991.
- ALPA G., *La «trasparenza» nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992.
- ALPA G., *Note minime sulla trasparenza dei contratti bancari e finanziari*, in *La nuova legge bancaria. Il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione. Commentario*, a cura di P. Ferro-Luzzi e G. Cataldi, III, Milano, 1996.
- ALPA G., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori – Commentario agli articoli 1469-bis – 1469-sexies del codice civile*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 1997.
- ALPA G., *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003.

- ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma - Bari, 2008.
- ALPA G., *Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita?*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008.
- ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2012.
- ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962.
- ATYIAH P., *The rise and fall of freedom of contract*, sec. ed., Oxford, 1985.
- AYRES I.- SCHWARTZ A., *The no-reading problem in consumer contract law*, in 66 *Stan. L. Rev.*, 2014.
- AZZARO A.M., *I contratti "non negoziati"*, Napoli, 2000.
- BAFFI E., «*Mental budget*»: *clausole inefficienti o scelte del consumatore*, in *Riv. c. dir. priv.*, 2013.
- BAKOS Y., MAROTTA -WURGLER F., TROSSEN D.R., *Does anyone read the fine print? Testing a law and economics approach to standard form contracts*, paper Universidad Torcuato Di Tella, presentato il 30 settembre 2011.
- BARENGHI A., *Dei contratti del consumatore in generale*, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2006.
- BARENGHI A., *I contratti dei consumatori*, in *Il contratto in generale, Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, v. III, t. II, Milano, 2009.
- BASEDOW J., *Freedom of Contract in the European Union*, in *European Review of Private Law*, 2004.
- BEBCHUK L.A. – POSNER R.A., *One sided contracts in competitive consumer markets*, in *Michigan Law Review*, 2006.
- BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963.
- BENATTI F., *Culpa in contrahendo*, in *Cont. e imp.*, 1987.
- BEN-SHAHAR O., *The Myth of the "opportunity to read" in contract law*, J.M. Olin Law & Economics, paper no. 415, 2008.
- BENEDETTI A.M. – BARTOLINI F., *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013.
- BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.
- BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998.

BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999.

BENEDETTI G., *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, in *Teoria e storia*, 1999.

BETTI E., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940.

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.

BETTI E., *La forma degli atti nel diritto internazionale privato*, in *Riv. notariato*, 1959.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, rist. 2002.

BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, v. III, Milano, 2000.

BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto*, in *Comm. Schlesinger, Artt. 1362 – 1371*, Milano, 1991.

BISCONTINI G., *Contratti agroindustriali ed art. 62 d.l. n. 1 del 2012: luci ed ombre*, su www.comparazionedirittocivile.it, 2012.

BOBBIO N., voce “*Analogia*”, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957.

BOBBIO N., voce “*Principi generali del diritto*”, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966.

BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione*, Roma – Bari, 2007.

BOLOGNINI S., *La Nutella “tedesca” alla prese con la trasparenza della dichiarazione nutrizionale e le ammissioni di colpa del legislatore europeo*, *Riv. dir. agr.*, 2011.

BONELL M.J., *Un codice internazionale del diritto dei contratti. I principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, sec. ed., Milano, 2006.

BRANDNER H.E., § 9, *Generalklausel*, in *Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG*, Köln, 2001.

BUONOCORE V., *Contrattazione di impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000.

BUSNELLI F.D. –MORELLO U., *La Direttiva 93/13 Cee del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995.

CAIANI L., voce “*Analogia (teoria generale)*”, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.

CALANDRA BUONAURO V., *La trasparenza dei servizi bancari d'investimento*, in *Giur. comm.*, 2008.

CAMERER C., *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"*, 151 U. Pa. L. Rev. 1211, 2003.

CAMPAGNA M.F., *Trasparent consumer information in Directive 2011/83/EU*, in 9 Col. J. Eur. L. F., 2012.

CAPOBIANCO E., *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in Dir. banc., 2002.

CAPOBIANCO E. – LONGOBUCCO F., *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in Contr. e imp., 2011.

CAPRIGLIONE F., *Dalla trasparenza alla «best execution»: il difficile percorso verso il giusto prezzo*, in Contr. e imp., 2009.

CAPUTO NASSETTI F., *I derivati finanziari*, sec. ed., Milano, 2011.

CARATELLI M., *La trasparenza tra banche e clienti. Fabbisogni informativi e intervento pubblico*, Milano, 2006.

CARNELUTTI F., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933.

CARRESI F., *L'interpretazione del contratto*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1964.

CARRESI F., *Dell'interpretazione del contratto*, Comm. Cod. civ. Scialoja – Branca, a cura di Galgano, IV, art. 1362-1371, Bologna, 1992.

CAROCCIA F., *L'interpretazione del contratto. Il modello dei principi UNIDROIT per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*, Napoli, 2006.

CASOLA M., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. Barengi, Napoli, 1996.

CASTRONOVO C., *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, in Banca bors. tit. cred., 1993.

CASTRONOVO C., *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, Milano, 2001.

CATERINA R., *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in Riv. dir. civ., 2005.

CATRICALÀ A. – PIGNALOSA M.P., *Manuale di diritto dei consumatori*, Roma, 2013.

CAUTADELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966.

CAVALLO BORGIA R., *Il contratto ed i criteri di redazione*, in Responsabilità e assicurazione, sec. ed., a cura di R. Cavallo Borgia, nel Trattato della responsabilità civile, diretto da M. Franzoni, Milano, 2007.

CENINI M., *La trattativa individuale nei contratti con il consumatore: spiegazioni esaurienti o concreta influenza?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006.

CESÀRO E., *La forma non del contratto, ma del procedimento contrattuale, in Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2010.

CHINÈ G., *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, sec. ed., Padova, 2003.

CHINÈ G., *Uso ed abuso della nozione di consumatore nel codice del consumo*, in *Corr. merito*, 2006.

CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996.

CIAN M., *Gli obblighi informativi degli intermediari*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009.

CIOFFI C., *La “inefficacia” delle clausole vessatorie*, in *Clausole “vessatorie” e “abusive” (Gli artt. 1469 – bis e ss. c.c. e i contratti col consumatore)*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 1997.

COESTER M., § 307, in *Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2013.

CORASANITI A., voce “*Stato delle persone*”, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, 1990.

COSTANZA M., *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. civ.*, 1994.

COSTATO L., *Etichette dei prodotti alimentari: il Parlamento europeo respinge il semaforo*, in *Rivista diritto alimentare*, 2010.

COSTI R. –ENRIQUES L., *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Milano, 2004.

COVIELLO L., *Della cosiddetta “culpa in conthraendo”*, in *Il Filangieri*, XXV, 1900.

CRISAFULLI V., *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940.

CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1953.

D’AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002.

D’AMICO G., *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *I contratti*, 2012.

D'ANGELO F., *Il Contratto: un invitato di pietra al tavolo del codice delle assicurazioni*, in AA.VV., *I prodotti finanziari bancari e assicurativi. In ricordo di Gaetano Castellano*, 2008.

DAWSON J.P., *The general clauses, viewed from a distance*, in *Rabels Zeitschrift*, 1977.

DELLE MONACHE S., *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in *Annuario del contratto*, 2009.

DE MAURO T., *Capire le parole*, Bari, 1994.

DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. c. dir. priv.*, 1985.

DE NOVA G., *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993.

DE NOVA G., *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994.

DE NOVA G., *Brevi note sui lavori della commissione ministeriale*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, a cura di C.M. Bianca e G. Alpa, Padova, 1996.

DENOZZA F., *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2012

DE SAUSSURE F., *Corso di linguistica generale*, rist., trad.it., XXIV ed., Roma – Bari, 2011.

DI GIOVANNI F., *La regola di trasparenza*, in *Trattato del contratto*, a cura di P. Rescigno e G. Gabrielli, v. III, t. I, Torino, 2005.

DI GIOVINE G., *Art. 1469-quater – Forma e interpretazione*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. Cesàro, Padova, 1999.

DOLMETTA A.A., *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1992.

DOLMETTA A. A., *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive (Direttiva CEE n. 93/13)*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1994.

D'USSEAUX F.B., *Formal and substantive aspects of the transparency principle in European private law*, in *Consumer law journal*, 1998.

EISEMBERG M.A., *The limits of cognition and the limits of contract*, in *47 Stan. L. Rev.*, 1995.

FAILLACE S., *Contratti stipulati con i consumatori*, in *Contr. e impr.*, 1996.

FALCO F., *Art. 1469 - quater*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999.

FALZEA A., *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991.

FARENGA L., *sub art. 166*, in *Il codice delle assicurazioni provate*, diretto da F. Capriglione, con la collaborazione di Alpa e Antonucci, Padova, 2007.

FAVALE R., *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contr. e imp. Europa*, 2012.

FERRANTE E., in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. Bin, Padova, 2006.

FERRARI F., *I “Principi per i contratti commerciali internazionali” dell’UNIDROIT ed il loro ambito di applicazione*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1996.

FERRERI S., *Il giudice italiano e l’interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2000.

FERRI G.B., *Appunti sull’invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996.

FORCHIELLI P., *Clausole abusive e disciplina vigente dell’interpretazione*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L’attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura di C.M. Bianca e G. Alpa, Padova, 1996.

FRANCESCHELLI V., *I contratti per adesione e l’interpretazione contro l’autore della clausola*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L’attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura di C.M. Bianca e G. Alpa, Padova, 1996.

FRANZONI M., *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja – Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna – Roma, 1993.

GAGGERO P., *Trasparenza del contratto e rimedi in autotutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013.

GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e imp.*, 1997.

GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

GALGANO F., *I fatti illeciti*, Padova, 2008.

GENOVESE AND., *L’interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008.

GENOVESE ANT., *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954.

GENTILI A., *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1999.

GENTILI A., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004.

GENTILI A., *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, Milano, 2006.

GENTILI A., *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010.

GERMANÒ A., *Sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari*, in *Dir. giur. agr.*, 2012.

GIAMMARIA P., *Art. 1469 – quater: forma e interpretazione*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 2003.

GIANNINI M.S., *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941.

GIORGIANI M., *Forma degli atti (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.

GIORGIANI MICHAELA, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano, 2009.

GITTI G. – VILLA G., *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

GORLA G., *Condizioni generali di contatto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1963.

GRASSETTI C., *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938.

GRECO F., *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005.

GROSSI P., *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997.

HEIDEGGER M., *In cammino verso il linguaggio*, rist., trad. it., Milano, 2007.

HEINRICHS H., *Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, in *FS Trinker*, Heidelberg, 1995.

HELLWEGE P., §§ 305-310, *Transparenzgebot*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, 2, Tübingen, 2007.

HELLWEGE P., *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre*, Tübingen, 2010.

INZITARI B. – PICCININI V., *La tutela del cliente nella negoziazione degli strumenti finanziari*, Padova, 2008.

IRTI N., *L'età della decodificazione*, in *Dir. e soc.*, 1978.

IRTI N., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985.

IRTI N., *Principi e problemi d'interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999.

IRTI N., *L'età della decodificazione. Venti anni dopo*, Milano, 1999.

IRTI N., "Codici di settore": compimento della decodificazione, in *Dir. e soc.*, 2005.

IRTI N., *Il salvagente della forma*, Roma – Bari, 2007.

ISAACS N., *The standardization of contracts*, in 27 *Yale L. J.*, 1917.

ISSACHAROFF S., *Can There Be a Behavioral Law and Economics?*, 51 *Vand. L. Rev.* 1729, 1998.

JANNARELLI A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. dir. priv. eur.*, diretto da N. Lipari, v. III, Padova, 2003.

JARACH A., *Art. 1469 quater – Forma e interpretazione*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore – Artt. 1469 bis e ss.*, a cura di E. Cesàro, Padova, 1998.

KLICK J. – MITCHELL G., *Government Regulation of Irrationality: Moral and Cognitive Hazards*, 90 *Minn. L. Rev.* 1620, 2006.

KOSCHE K., *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*, Tübingen, 2011.

KRAMER E.A., *Le funzioni dei principi generali del diritto: tentativo di strutturazione*, (trad. it.), in *Eur. dir. priv.*, 2001.

LARENZ K., *Richtiges Recht*, München, 1979.

LEFF A.A., *Uncoscionability and the crowd-consumers and the common law tradition*, in 31 *U. Pitt. L. Rev.*, 1969-70.

LEFF A.A., *Contract as thing*, in 19 *Am. U. L. Rev.*, 1976.

LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996.

LEO C., *Lingua straniera ed errore determinante e incidente*, in *I contratti*, 1995.

LIBERTINI M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Un proposta di distinzione*, in *Riv. c. dir. priv.*, 2011.

LIEB M., *Vertragsaufhebung oder Geldersatz?*, in *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600.Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1998.

LIPARI N., *Introduzione ai volumi collettanei Diritto Privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 1997.

LISERRE A., *Forma degli atti (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989.

LLWELLYN K.N., *The Common law tradition: deciding appeals*, Little, Brown & Comapny, Boston – Toronto, 1960.

LUCCHESI F., *sub art. 3, Codice del consumo*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007.

LUPOI A., *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie di investimento (note alle nuove istruzioni della Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contr. e imp.*, 2009.

MACARIO F., *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009.

MAIORCA S., voce “*Contratti standard*”, in *Nov. Dig. it.*, III, 1980.

MANTOVANI M., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

MARTUCCELLI S., *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Milano, 2004.

MASTROPAOLO F., voce “*Danno*”, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988.

MASTROPAOLO E.M., *I servizi di investimento e gli intermediari professionali*, Milano, 2003.

MASUCCI S.T., *Art. 1469 quater (Forma e interpretazione)*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. Barenghi, Napoli, 1996.

MAZZAMUTO S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010.

MAZZAMUTO S., *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e diritto privato*, 2011.

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956.

MENGONI L., *Spunti per una teoria sulle clausole generali*, in *Riv. c. dir. priv.*, 1986.

MENGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1997.

MENGONI L., *Appunti per una teoria delle clausole contrattuali*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987.

MENICHINO C., *La clausola Claims Made nel contratto di assicurazione*, in *Le clausole a rischio di nullità*, a cura di G. De Nova, Milano, 2009.

MEUCCI S., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007.

MINERVINI E., *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1997.

MINERVINI E., *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel Testo unico bancario*, in *Rass. dir. civ.*, 2001.

MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006.

MINERVINI E., *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2008.

MINERVINI E., *La trasparenza contrattuale*, in *I contratti*, 2011.

MIRIELLO C., *La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?*, in *Contr. impr.*, 2008.

MIRONE A., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempi di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca bor. tit. cred.*, 2010.

MIRONE A., *Il diritto dei contratti bancari di fronte alla crisi: affidamento della regolamentazione di trasparenza o indebito ingerenza nelle dinamiche di mercato?*, discussion paper in www.orizzontideldirittocommerciale.it, 2010.

MORANDI P., *Violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari: rimedi esperibili*, in *Obbl. e contr.*, 2008.

MORTARA GARAVELLI B., *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001.

MURRAY J.E., *Unconscionability: Unconscionability*, in 31 *U. Pitt. L. Rev.*, 1969-1970.

NAVARRETTA E., *Luci e ombre del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008.

NIGRO A., *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1992.

NUZZO M., *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, v. III, Napoli, 1972.

ONORATO M., *Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto stipulato col consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007.

- OPPO G., *Profili dell'interpretazione oggettiva del contratto*, Bologna, 1943.
- ORMANNI A., *Forma del negozio giuridico*, *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1961.
- PAGLIANTINI S., *Nullità virtuali di protezione?*, in *I contratti*, 2009.
- PAGLIANTINI S., voce *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir., Annali V*, Milano 2012.
- PAGLIANTINI S., *Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs. n. 141/10, n. 97/11 e la dir. 2011/83/UE: una nozione (già) vieille renouvelée*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2012.
- PALAZZO A., *Forme del negozio giuridico*, in *Dig. discipline priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992.
- PALMIERI A., *Imprese assicuratrici e contrattazione seriale: la falcidia delle clausole abusive*, in *Danno e resp.*, 2001.
- PARDOLESI R., *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. c. dir. priv.*, 1995.
- PARDOLESI R., *Clausole abusive nei contratti dei consumatori. E oltre?*, in *For. it.*, 2014.
- PATTI S., *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2004.
- PATTI S., *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, t. I, v. I., Torino, 2009.
- PATTI G. e PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger, Artt. 1337 – 1342*, Milano, 1993.
- PENNASILICO M., *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, in *Il diritto dei consumi*, I, a cura di P. Perlingieri e E. Caterini, Napoli, 2004.
- PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.
- PODIGGHE E., *I contratti con i consumatori – La disciplina delle clausole vessatorie*, Milano, 2000.
- POLIDORI S., *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003.
- POLIDORI S., *Forme legali poste a tutela dei consumatori: funzioni e discipline*, in *Rass. dir. civ.*, 2013.
- PROSPERI F., *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. e imp.*, 2008.
- RABITTI M., *Contratto illecito e norma penale. Contributo alla studio della nullità*, Milano, 2000.

RAKOFF T.D., *Contracts of adhesion: an essay in reconstruction*, in 96 *Harv. L. Rev*, 1982-1983.

REALMONTE F., *Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione finanziaria*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1994.

RESCIGNO P., *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973.

RESCIGNO P., *Trasparenza bancaria e diritto comune dei contratti bancari e finanziari*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1990.

RICCI F., *sub- art. 85, Commentario al codice del consumo*, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005.

RIGHINI E., *Recenti sviluppi della giurisprudenza di merito sulla tutela dell'investitore*, in *Giur. comm.*, 2009.

RIZZO V., *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, rist. 1996.

RIZZO V., *Art. 1469 - quater. Forma e interpretazione*, in *La nuova disciplina sulle clausole vessatorie (Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997.

RIZZO V., *Trasparenza e "contratti del consumatore" (La novella del codice civile)*, Napoli, 1997.

ROMEO F., *Informazione e trasparenza nel "Codice delle assicurazioni private" (parte prima)*, in *Studium iuris*, 2006.

ROMEO F., *Informazione e intermediazione finanziaria*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010.

ROPPO V., *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975.

ROPPO V., *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004.

ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Cont. e imp.*, 2005.

ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007.

ROPPO V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008.

ROPPO V. – AFFERNI G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2005.

ROSSI G., *Il gioco delle regole*, Milano, 2006.

ROSSI CARLEO L., *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri e E. Caterini, II, Napoli, 2005.

ROSSI CARLEO L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010.

RUFFOLO U., *La "inefficacia" delle clausole vessatorie*, in *Clausole "vessatorie" e "abusive" (Gli artt. 1469 – bis e ss. c.c. e i contratti col consumatore)*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 1997.

SACCO R., *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951.

SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassali, v. VI, t. II, Torino, 1975.

SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1993.

SALANITRO U., *Violazione di norme imperative nei contratti della p.a. e legittimazione del terzo pretermesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997.

SALANITRO U., *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle Sezioni Unite*, nota a Cass. 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007.

SALANITRO N., *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive e la disciplina dei contratti bancari*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1993.

SANGIOVANNI V., *I contratti di assicurazione fra codice civile e codice delle assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2011.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, rist., 2002.

SARTORI F., *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004.

SARTORI F., *Regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2006.

SCALISI V., *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994.

SCALISI V., *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011.

SCHÄFER J., *Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1992.

SCHLESINGER P., *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964.

SCHLESINGER P., voce “*Dichiarazione (teoria generale)*”, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.

SCHLOSSER P., § 305, in *Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2004.

SCIARRONE ALIBRANDI A., *Prima riflessioni sulla Direttiva comunitaria n. 93/13 (clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1993.

SCODITTI E., *La violazione delle regole di comportamento dell’intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *For. it.*, 2008.

SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992.

SCOGNAMIGLIO C., *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008.

SCOGNAMIGLIO C., *L’interpretazione, Il contratto in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, v. I, t. I, Torino, 2008.

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1970.

SCOGNAMIGLIO R., *Il contratto per adesione e l’art. 1341 del codice civile*, in *Scritti giuridici*, I, *Scritti di diritto civile*, Padova, 1996.

SEN A., *L’idea di giustizia*, Milano, 2010.

SIRENA P., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori – Commentario agli articoli 1469 bis – 1469 sexies del codice civile*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 1997.

SIRGIOVANNI B., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007.

SIRGIOVANNI B., *L’interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, in *Studium iuris*, 2008.

SLAWSON D., *Standard form contracts and the democratic control of lawmaking power*, in 84 *Harv. L. Rev.*, 1971.

SLAWSON D., *The new meaning of contract: the transformation of contracts law by standard forms*, in 46 *U. Pit. L. Rev.*, 1984-85.

SOMMA A., *I contratti standards nel diritto interno e comunitario*, Materiali raccolti da Alpa e Bessone, Torino, 1997.

STELLA RICHTER G., *L’interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997.

- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947.
- TOMMASINI R., *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2012.
- TRABUCCHI A., *Il nuovo diritto onorario*, *Riv. dir. civ.*, 1959.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità*, Milano, 1967.
- VETTORI G., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003.
- VETTORI G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005.
- VETTORI G., *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbl. e cont.*, 2007.
- VETTORI G., *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008.
- VETTORI G., *Oltre il consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2011.
- VETTORI G., *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. e imp.*, 2012.
- VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.
- VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.
- WILHELMSSON TH., *International lex mercatoria and Local Consumer Law: an impossible combination?*, in *Uniform Law Review*, 2003.
- WILLISTON S., *A treatise on the law of contracts*, Baker, 1959.
- WRIGHT J.D. – GINSBURG D. H., *Behavioral law and economics: its origins, fatal flaws, and implications for liberty*, 106 *Northwestern University Law Review* 3, 2012.
- ZENO ZENCOVICH V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993.
- ZICCARDI F., *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972.
- ZIMATORE A., *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011.
- ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008.
- ZORZI GALGANO N., *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Cont. e imp. Eur.*, 2010.

